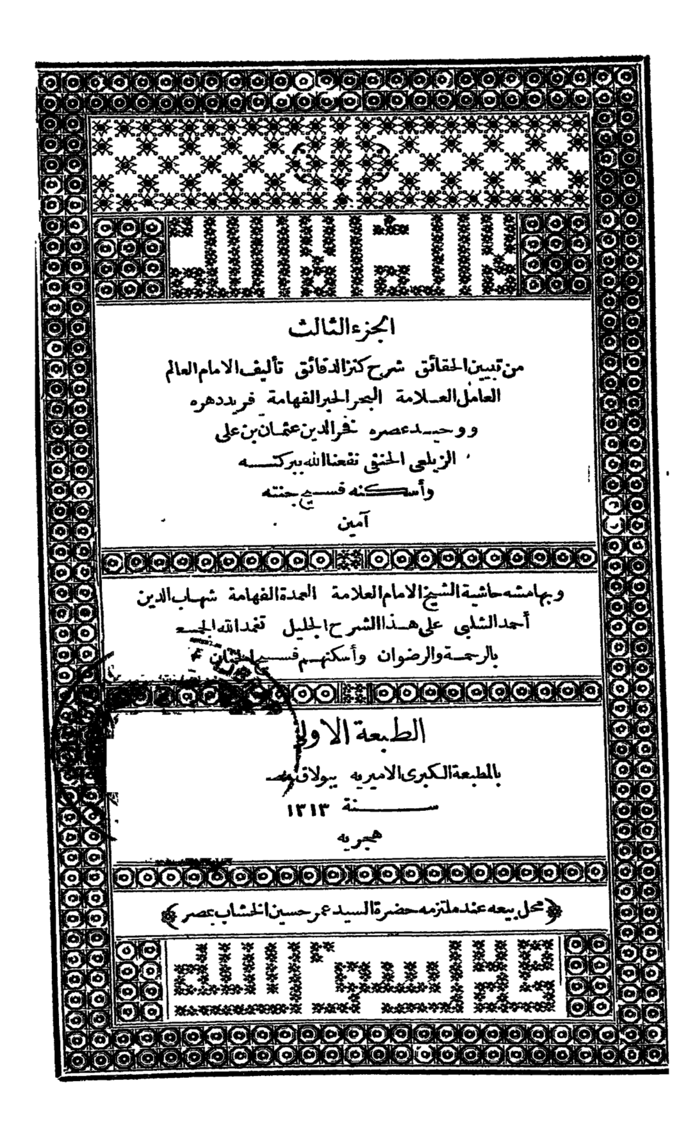
(فهـــرست)

الجـــــزء الثـالث

من شرح العلامة الزيلعي على متن الكنز

(فهرست الجزء الثالث من شرح العلامة الزيلعى على متن الكنز)

﴿تمت﴾



الجزء الثالث

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد دهره
ووحيد عصره فخر الدين عثمان بن على
الزيلعى الحنفى نفعنا الله ببركته
وأسكنه فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب الدين
أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل تغمد الله الجميع
بالرحمة والرضوان وأسكنهم فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر
سنة ١٣١٣
هجريه

محل بيعه عند ملتزمه حضرة السيد عمر حسين الخشاب بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ باب الظهار ﴾

قال رحمه الله (هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التأبيد) وزاد فى النهاية لفظة اتفاقا ليخرج أم المزنى بها وبنتها لانه لو شبهها بهما لا يكون مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوى وفى شرح المختار يكون مظاهرا عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على أن القاضى اذا قضى بجواز نكاحهما ينفذ عنده خلافا لابى يوسف وذكر فى المحيط لو قبل امرأة أو لمسها أو نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه امرأته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبى حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعى غير منصوص عليها وهو فى اللغة مقابلة الظهر بالظهر لانهما اذا كان بينهما شحناء يجعل كل واحد منهما ظهره الى ظهر الآخر وشرطه أن تكون المرأة منكوحة والرجل من أهل الكفارة حتى لا يصح ظهار الذمى وركنه قوله أنت على كظهر أمى أو ما يقوم مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعى الى وجود الكفارة وكان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم مؤقت بالكفارة قال رحمه الله (حرم عليه الوطء ودواعيه بأنت على كظهر أمى حتى يكفر) أى حرم على المظاهر الوطء ودواعيه كاللمس والقبلة بشهوة بقوله أنت على كظهر أمى حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم الى أن قال فتحرير رقبة من قبل

(قوله فى المتن هو تشبيه المنكوحة) احترازعن الامة والاجنبية اه (قوله فى المتن بمحرمة) احترازعما اذا لم تكن حراما عليه فانه ليس بمظاهر كما اذا شبه احدى امرأتيه بالأخرى على التأبيد واحترازعما اذا شبه بأخت امرأته أو بمجوسية أجنبية اه رازى (قوله فى المتن على التأبيد) أى كالام والاخت والخالة والعمة سواء كانت (٢) من نسب أو من رضاع أو مصاهرة اه اتقانى (قوله اذا كان بينهما شحناء) ضبطها الشارح بالقلم بكسر الشين اه (قوله والرجل من أهل الكفارة الخ) وأهله من كان أهلا لسائر التصرفات وهو العاقل البالغ اه اتقانى (قوله أنت على كظهر أمى الخ) فيقع الظهار به سواء وجدت النية أو لم توجد لانه صريح فى الظهار وكذا اذا شبه بعضو شائع أو معبر به عن جميع البدن كما فى الطلاق اه اتقانى ومن شرائطه أن يكون المرأة محللة بالنكاح لا بملك اليمين حتى لو ظاهر من أمته أو مدبرته أو أم ولده لا يصح لان حكم الظهار ثابت بخلاف القياس لكونه منكرا من القول وزورا فاقتصر على مورد النص قال تعالى والذين يظهرون من نسائهم اه (قوله الى وجود الكفارة) أى مع بقاء أصل النكاح لقوله عليه الصلاة والسلام للظاهر المواقع استغفر الله ولا تعد حتى تكفر اه اتقانى (قوله ونقل حكمه الى تحريم موقت) أى من غير أن يكون الظهار مزيلا للنكاح كالحيض يحرم به الوطء الى وجود الطهر من غير أن يزول النكاح اه اتقانى وكتب ما نصه قال فى الهداية وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة اه وقوله وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار الى تحريم موقت بالكفارة بيانه أن الظهار جناية لان الله تعالى سماه فى آية الظهار منكرا وزورا قال تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا أراد بالمنكر ما تنكره الحقيقة والشرع وبالزور الكذب والباطل فناسب أن يجازى بثبوت الحرمة وارتفاع تلك الحرمة بالكفارة زجرا له اه اتقانى

أن يتماسا نزلت فى خولة بنت مالك بن ثعلبة امرأة أوس بن الصامت رآها وهى تصلى وكانت حسناء فلما سلمت راودها فأبت فغضب فظاهر منها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ان أوسا تزوجنى وأنا شابة مرغوب فىّ ولما خلا سنى ونثر بطنى جعلنى كأمه وروى أنها قالت له عليه الصلاة والسلام إن لى منه صبية ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الىّ جاعوا فقال عليه الصلاة والسلام ما عندى فى أمرك من شئ وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت الآية فقال عليه الصلاة والسلام يعتق رقبة فقالت قلت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قلت ما عنده من شئ فقال سأعينه بعرق من تمر فقلت فانى أعينه بعرق آخر فقال عليه الصلاة والسلام أحسنت اذهبى فأطعمى عنه ستين مسكينا الحديث ولانه منكر من القول وزور حيث شبه من هى فى أقصى غايات الحل بمن هى فى أقصى غايات الحرمة فناسب أن يجازى به بالحرمة المغياة بالكفارة والوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما فى حالة الاحرام والاعتكاف والاستبراء بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى لافضى الى الحرج ولا يقال كثرة الوجود تدعو الى شرع الزواجر ليقل فلا يدل على السقوط لانا نقول أيام الطهر والفطر أكثر فبوجود الوطء فيهما تفتر الرغبة عنها فلا تدعو الى شرع الزواجر ولان الدواعى لا تفضى الى الوطء فى حالة الحيض لان الطباع تنفر عنها فلا تكون داعية فى هذه الحالة والحرمة باعتباره فلا تحرم وقال الشافعى لا تحرم الدواعى لان التماس أريد به الوطء وهو مجاز فيه فلا يراد به الحقيقة ونحن نقول التماس حقيقة اللمس باليد فيعمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز أو نقول انه يتناول المجاز لفظا ويلحق غيره به بالقياس احتياطا فى موضع الحرمة وبمثله لا يمتنع الجمع بينهما قال رحمه الله (فلو وطئ قبله استغفر ربه فقط) أى لو وطئ قبل التكفير استغفر الله تعالى ولا يجب عليه غير الكفارة الاولى وقال سعيد بن جبير تجب عليه كفارتان وقال ابراهيم النخعى ثلاث كفارات والحجة عليهما ما روى أن سلمة بن صخر حين واقع امرأته وقد كان ظاهر منها أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى ظاهرت من امرأتى فوقعت عليها قبل أن أكفر فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله فقال رأيت خلخالها فى ضوء القمر قال فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله تعالى رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه والترمذى وقال حديث حسن غريب صحيح وفى رواية قال له استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا عليه لبينه عليه الصلاة والسلام له قال رحمه الله (وعوده عزمه على وطئها) أى عود المظاهر وهو العود المذكور فى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا عزمه على وطء المظاهر منها وقال الشافعى رحمه الله سكوته عن طلاقها وهذا فاسد من وجهين أحدهما أن الظهار لم يوجب تحريم العقد حتى يكون العود امساكها والثانى أن ثم للتراخى وفيما قاله تركه لانه يتصل به سكوته عن طلاقها وهذا بعيد لا يفهم من لفظ النص أصلا وقال مالك العود الوطء نفسه وهذا يرده الحديث الذى رويناه لانه يقتضى تقدم الكفارة على الوطء وهذا القول ينفى جوازها قبل الوطء وكذا الآية ترده لان الله تعالى أوجب عليه التحرير بعد العود قبل التماس فلو كان العود هو الوطء لما استقام وقالت الظاهرية العود أن يتكلم بالظهار مرة أخرى ولا يحرم وطؤها بدون الثانية وهذا لا يخفى فساده واللفظ لا يحتمله لانه لو أريد به ذلك لقيل يعيدون القول الاول بضم الياء وكسر العين من الاعادة لا من العود وهذا الحديث الذى رويناه ينفيه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب الكفارة عليه ولم يسأله عن الظهار هل كرره أولا ولو كان المراد به التكرار لسأله واللام فى قوله تعالى لما قالوا بمعنى الى وقيل بمعنى فى وقال الفراء بمعنى عن أى يرجعون عما قالوا فيريدون الوطء والعود الرجوع قال عليه الصلاة

(قوله ابن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت اهـ (قوله ولما خلا سنى ونثر بطنى) أرادت أنها كانت شابة تلد أولادا عنده اهـ هروى (قوله فقال سأعينه بعرق) العرق بالعين والراء المهملتين ستون صاعا رواه أبو داود وقيل هو مكتل يسع ثلاثين صاعا قال أبو داود وهذا أصح (قوله كيلا يقع فيه) فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه أى فى الحرام اهـ (قوله وقال الشافعى لا تحرم الدواعى) وهذا فى الجديد وأحمد فى رواية اهـ عينى (قوله ولا يجب عليه غير الكفارة الاولى) وأراد بالكفارة الاولى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص اهـ اتقانى (قوله حتى تفعل ما أمرك) كذا فى خط الشارح وفى النسخ ما أمر الله (قوله ولو كان شئ آخر واجبا عليه لبينه عليه الصلاة والسلام) قال صاحب الهداية بهذا اللفظ أى قوله أنت علىّ كظهر أمى لا يكون الا ظهارا أىّ شئ نوى أما اذا نوى الظهار فظاهر وكذا اذا نوى الطلاق لان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية فنسخ الى تحريم مؤقت بالكفارة فتكون نية الطلاق نية المنسوخ فلا يصح ولان النية تعين محتملات اللفظ واللفظ صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره فلا تصح نية الطلاق وكذا اذا نوى تحريم اليمين لانه صريح فى الظهار وكذا اذا قال أردت به الخبر عن الماضى كان كذابا فلا يصدق قضاء اهـ اتقانى (قوله لانه يقتضى تقديم الكفارة على الوطء) بيانه انه تعالى قال ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة رتب التحرير على العود اهـ من خط الشارح (قوله وقال الفراء بمعنى عن الخ) قال الرازى وقيل الى بمعنى عن وما مصدرية فيكون معناه ثم يعودون الى مقولهم ويراد بالمقول النساء تسمية للمحل باسم الحال اهـ وقال الاتقانى وما فى لما قالوا بمعنى المصدر ويراد بالمصدر المفعول كضرب

والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا تأويل حسن لان الظهار موجبه التحريم المؤبد فاذا قصد وطأها وعزم عليه رجع عما قال فلهذا تجب عليه الكفارة حتى لو أبانها أو لم يعزم على وطئها لم تجب عليه الكفارة لعدم الرجوع وكذا لو مات أحدهما ولو عزم ثم رجع وترك العزم سقطت عنه لان وجوبها لاجل الوطء حتى يحل على مثال من يريد أن يصلي النفل يؤمر بالطهارة ثم اذا رجع وترك التنفل لا يؤمر بها ثم سبب وجوب الكفارة هو الظهار والعود لان الكفارة دائرة بين العقوبة والعبادة فيكون سببها دائرا أيضا بين الحظر والاباحة حتى تتعلق العقوبة بالمحظور والعبادة بالمباح وانما جاز تقديم الكفارة على العود لانها وجبت لرفع الحرمة الثابتة في الذات فيجوز بعد ثبوت تلك الحرمة لترفعها كما قلنا في الطهارة إنها تجوز قبل ارادة الصلاة مع أن سببها الا انها شرعت لرفع الحدث فتجوز بعد وجوده ولهذا جازت الكفارة بعد ما أبانها أو بعد ما انفسخ العقد بالارتداد أو غيره لان هذه الحرمة لا تزول بغير التكفير من أسباب الحل كملك اليمين واصابة الزوج الثاني وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وللقاضي أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها قال رحمه الله (وبطنها وفخذها وفرجها كظهرها) أي بطن أمه وفرجها وفخذها كظهرها حتى لو شبه امرأته بعضو من هذه الاعضاء يكون مظاهرا لان هذه الاشياء يحرم عليه النظر اليها ولمسها والظهار ليس الا التشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في هذه الاعضاء بخلاف اليد ونحوه لانه يجوز النظر اليه ولمسه بلا شهوة قال رحمه الله (وأخته وعمته وأمه رضاعا كأمه) أي كأمه نسبا حتى يصير مظاهرا بتشبيهه منكوحته بواحدة منهن لان شرطه أن تكون محرمة عليه على التأبيد على ما ذكرنا وقد وجد ذلك فيهن بخلاف ما لو شبهها بأختها أو عمتها أو خالتها لان حرمتهن ليست على التأبيد وانما تحرم عليه ما دامت هي في عصمته لاجل الجمع فاذا طلقها أو ماتت حلت له لعدم الجمع قال رحمه الله (ورأسك وفرجك وظهرك ووجهك ورقبتك ونصفك وثلثك كأنت) أي لو قال لامرأته رأسك علي كظهر أمي أو فرجك أو وجهك علي كظهر أمي الخ كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن الجميع على ما تقدم في الطلاق وهو الشرط في حق المرأة ومن جانب المحرم شرطه أن يكون عضوا لا يجوز النظر اليه على ما بينا وقد وجدا قال رحمه الله (وان نوى بأنت علي مثل أمي برا أو ظهارا أو طلاقا فكما نوى والا لغا) أي وان نوى بقوله لامرأته أنت علي مثل أمي أحد هذه الاشياء التي ذكرها فهو كما نوى وان لم يكن له نية فليس بشيء ومعناه أنه اذا قال لها ذلك يستفسر لانه يحتمل وجوها من التشبيه فان قال نويت البر أي الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام فصار كأنه قال أنت عندي في استحقاق الكرامة والبر مثل أمي وان قال نويت به الظهار فهو ظهار لانه شبهها بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه غير صريح فيه فيشترط النية وان قال نويت به الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكأنه قال أنت علي حرام ونوى الطلاق وان قال لم أنو به شيئا فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وهذا لان كاف التشبيه لا عموم لها فتعين الادنى ولان كلام المسلم يحمل على الصحيح ما أمكن وفي جعله ظهارا حمل له على المنكر والزور وقال محمد هو ظهار لانه شبهها بجميعها فيدخل العضو في الجملة وعن أبي يوسف مثله اذا كان في حالة الغضب وعنه أنه يكون ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص

الامر ونسبة اليمين تسمية للمحل باسم الحال كما في قوله تعالى خذوا زينتكم وحاصل المعنى ثم يعزمون الى نسائهم أي الى مباشرتهن لكن اذا ماتا في الوطء سقطت الكفارة لانها تجب عندنا غير مستقرة ولهذا تسقط بموتها أو موته بحقيقة ان العود بالعزم ولا استقرار في العزم فكذا الكفارة المبنية عليه اه اتقاني (قوله بخلاف ما لو شبهها بأختها) أي أخت امرأته اه من خط الشارح (قوله في المتن ورأسك وفرجك ووجهك الخ) ولو قال يدك أو رجلك أو ظفرك (٤) أو شعرك علي كظهر أمي كان باطلا وبه صرح الحاكم الشهيد في الكافي وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ولو قال جنبك أو ظهرك علي كظهر أمي لم يكن مظاهرا بمنزلة قوله يدك أو رجلك لان هذا العضو لا يعبر به عن جميع البدن عادة وأما الجزء الشائع كالنصف والثلث والربع وغيرها اذا شبهه بظهر الام يكون مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء أولا ثم يسري الى سائر البدن بشاع الجزء كما في الطلاق وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال أنت علي كظهر أمي اليوم فهو مظاهر في ذلك اليوم فاذا مضى بطل الظهار وقال ابن أبي ليلى هو مظاهر أبدا وكذلك شهرا أو قال حتى يقدم فلان فهو كما قال ويسقط اذا مضى شهر أو قدم فلان لان حرمة الظهار شهر فيتأقت الظهار بتأقيته اه اتقاني (قوله وان قال نويت به الظهار فهو ظهار) لانه اذا شبهها بظهرها وهو عضو منها كان ظهارا لأن يكون ظهارا وقد شبهها بجميعها وجميعها مشتمل على الظهر أولى وأحرى اه اتقاني (قوله فكأنه قال أنت علي حرام ونوى الطلاق) قال الاتقاني رحمه الله وان لم يكن له نية فليس بشيء في قول أبي حنيفة وقال محمد هو ظهار ولم فيحمل يذكر خلاف أبي يوسف في الاصل وقال في مختصر الكافي وقال مشايخنا في شرح الجامع الصغير عن أبي يوسف روايتان في رواية كقول محمد وفي رواية كقول أبي حنيفة وقال الامام الزاهد العتابي في شرحه الجامع الصغير وعن أبي يوسف ثلاث روايات في رواية لا يقع شيء كقول أبي حنيفة وفي رواية يكون ظهارا وفي رواية يكون ايلاء والصحيح قول أبي حنيفة لان اللفظ يحتمل البر والكرامة وما زاد عليه فهو مشكوك فلا يثبت الا بالنية اه (قوله وهذا لان كاف التشبيه لا عموم الخ) فاقتضى مشابهته في وصف خاص وما يحتمل أن يكون

فيحمل عليه لان الحرام عين بالنص وان نوى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف يكون ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمات لان سبب الايلاء وحكمه أخف ويمكن رفعه بالوطء ولا يبقى حكمه بعد زوج اخر ولا يثبت للحال ولا يجبره القاضي اذا امتنع بخلاف الظهار وعند محمد يكون ظهارا لان كاف التشبيه تختص به وقال قاضيخان في شرح الجامع الصغير إنه ان نوى التحريم ذكر في بعض النسخ أنه ايلاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف والاصح أنه يكون ظهارا عند الكل لان التحريم المؤكد بالتشبيه ظهار ولو قال أنت على كامى فهو مثل قوله أنت على مثل أمى في جميع ماذكرنا قال رحمه الله (وبأنت على حرام كامى ظهارا أو طلاقا فكما نوى) أى ان نوى بقوله أنت على حرام كامى ظهارا أو طلاقا فهو كما نوى لان قوله أنت على حرام من الكنايات فيكون طلاقا بالنية وقوله كامى لتأكيد تلك الحرمة فلا يخرج به من أن يكون طلاقا وان نوى به الظهار فظهار لانه شبهها في الحرمة بامه ولو شبهها بظهرها كان ظهارا فبكلها أولى وانتفى احتمال البر والكرامة هنا التصريحه بالحرمة وان لم تكن له نية فهو ظهار لانه لفظ محتمل فيثبت به الادنى والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق لان الحرمة بالظهار لاتزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله وعند أبي يوسف هو ايلاء لما مر قال رحمه الله (وبأنت على حرام كظهر أمى طلاقا أو ايلاء فظهار) أى لو نوى بقوله أنت على حرام كظهر أمى طلاقا أو ايلاء لا يكون الا ظهارا لان هذا اللفظ صريح في الظهار فلا تعمل فيه النية وقوله حرام توكيد لمقتضى اللفظ فلا يغيره وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان نوى ظهارا أو لم يكن له نية فهو ظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء لان كلا منهما محتمل كلامه لان قوله أنت على حرام يحتمل الطلاق والايلاء لو اقتصر عليه وقوله كظهر أمى توكيد لتلك الحرمة فلا يتغير به ثم عند محمد ان نوى الطلاق لا يكون ظهارا لانه لما أوقع الطلاق بقوله أنت على حرام بانت ولا يصير مظاهرا بقوله بعد ذلك كظهر أمى لان الظهار من المبانة لا يصح ولا يقال الظهار والطلاق يوجدان معا بقوله أنت على حرام لانا نقول اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين وقال أبو يوسف يكونان معا الظهار بلفظه والطلاق بنيته كما لو قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيت به تلك يقع عليها بالنية وعلى المعروفة بالظاهر وان نوى ايلاء ينبغى أن يكون ايلاء وظهارا باتفاقهما لعدم التنافى بينهما قال رحمه الله (ولا ظهار الا من زوجته) لقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم الآية ولفظ النساء يتناول المنكوحات حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا خلافا لمالك والحجة عليه ماتلونا اذ لفظ النساء مضافا الى الازواج لا يتناول الاماء ولهذا لم يدخلن في قوله تعالى وأمهات نسائكم وفي قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر حتى لا يحرم عليه أم أمته بغير وطء ولا يصير موليا من أمته ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنقل الشرع حكمه الى تحريم موقت بالكفارة والامة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار كالايلاء كان طلاقا للحال فأخره الشرع الى مضى أربعة أشهر فلا يثبت ذلك الا فيمن يثبت في حقه الاصل ولان الحل ليس بمقصود في الامة وانما المقصود الاستخدام حتى يثبت ملك اليمين فيمن لا يحل له وطؤها كام زوجته وبنتها وأمه من الرضاع فلا تكون مقصودة بالتحريم اذ الحل فيها تبع لملك اليمين لا مقصود ولهذا لو اشترى أمة فوجدها ممن لا يحل له وطؤها برضاع أو غيره ليس له أن يردها على البائع وفي المنكوحة أصل فيمتنع الالحاق ولا يقال إن الامة محل للظهار بقاء بان ظاهر من امرأته وهى أمة لغيره ثم اشتراها يبقى حكم الظهار الاول على حاله حتى لا يجوز له وطؤها قبل أن يكفر ولهذا لو ظاهر منها ثم طلقها ثنتين ثم اشتراها لا يحل له وطؤها بعد زوج آخر حتى يكفر عن ظهاره لانا نقول ذلك في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء وكم من شئ يثبت بقاء وان لم يمكن اثباته ابتداء كبقاء النكاح في العدة وكالحرمة الغليظة بالطلاق فانها لا تثبت في الامة ابتداء وتبقى بعدما تثبت حتى لا يحل له وطؤها بملك اليمين ولا التزوج بها بعدما أعتقها مالم تتزوج بزوج آخر فكذا هذا وهذا لان وقت ثبوته كانت محلا له فيثبت لمصادفته المحل ثم لا يسقط بعد ثبوته الا بشروطه قال رحمه الله (فلو نكح امرأة بغير أمرها فظاهر منها

ظهارا وغيره فلا يكون ظهارا بالشك اه رازى (قوله وان نوى به التحريم لا غير الخ) قال الاتقانى أما اذا نوى التحريم لا غير بقوله أنت على مثل أمى أو كامى فقال الصدر الشهيد في شرحه الجامع الصغير ذكر بعض المتأخرين في شرحه لهذا الكتاب أى الجامع الصغير خلافا وقال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار ثم قال الصدر الشهيد وهذا غلط بل يكون ظهارا بالاجماع واستدل بما نص عليه الحاكم في مختصر الكافى في قوله أنت على حرام كامى فانه اذا لم ينو شيأ أو نوى التحريم يكون ظهارا قال فاذا ظهرت تلك الرواية في قوله أنت على حرام كامى ولم ينو شيأ أو نوى التحريم أنه ظهار عندهم فكذا في قوله أنت على كامى لانه لما نوى التحريم صار ملحقا بقوله أنت على حرام كامى اه وكتب مانصه أى بقوله أنت على مثل أمى اه (قوله أدنى الحرمات) لان سبب الظهار وحرمته لعينه ولا يمكن رفعه بالوطء ويبقى مالم يكفر ويثبت للحال ويجبره الحاكم اذا امتنع عن التكفير اه من خط الشارح رحمه الله (قوله فهو مثل قوله أنت على مثل أمى) أى لان المثل أو الكاف تقتضى التشبيه اه (قوله يقع عليها بالنية) صوابه باعترافه اه

فأجازته بطل) أي لو تزوج امرأة بغير إذنها فظاهر منها قبل الاجازة ثم أجازت النكاح بطل الظهار لانه صادق في التشبيه في ذلك الوقت فلا يجب عليه جزاء الزور بخلاف اعتاق المشتري من الفضولي حيث يتوقف وينفذ باجازة البيع لانه من حقوق الملك ولهذا اجازته إعتاقه بل مندوب اليه والشيء اذا توقف يتوقف بحقوقه والظهار محظور فلا يستحق بملك النكاح بل لا يجوز قال رحمه الله (أنتن علي كظهر أمي ظهار منهن) أي لو قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا من جميعهن لوجود ركنه في حق كل واحدة منهن وهو التشبيه فصار كالطلاق والعتاق والايلاء والله أعلم قال رحمه الله (وكفر لكل) أي كفر لكل واحدة منهن وقال مالك يكفيه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة كما لو قال لهن والله لا أقربكن ثم قربهن لم يلزمه الا كفارة واحدة وهذا لان الظهار موجب الكفارة كالايلاء وقال بعضهم الظهار يمين لان فيه تحريم الحلال وذلك يمين فلا يجب فيه الا كفارة واحدة ولنا أن الكفارة لانتهاء الحرمة وهي تثبت في حق كل واحدة منهن فتتعدد الكفارة بتعددها بخلاف الايلاء لان الكفارة تجب فيه لهتك حرمة اسم الله تعالى فلا تتعدد الا بتعدد ذكر اسم الله تعالى وقول من قال ان الظهار يمين فاسد لان الظهار منكر من القول وزور محض واليمين تصرف مشروع مباح ولهذا اختلفت كفارتهما فكيف يجعل أحدهما من الآخر يحققه أن اليمين إما بالله أو بصفة من صفاته أو بالتعليق بشرط ولم يوجد واحد منها في الظهار

﴿فصل في الكفارة﴾ قال رحمه الله (وهو تحرير رقبة) أي كفارة الظهار تحرير رقبة والتذكير بتأويل التكفير وهي قبل الوطء لما تلونا وما روينا من حديث من واقع امرأته قبل التكفير ولان التكفير لانتهاء الحرمة الثابتة بالظهار فيقدم على الوطء ليحل ولا فرق في ذلك بين الذكر والانثى وبين الصغير والكبير والكافرة والمسلمة لاطلاق النص وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكافرة لان الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدوه ولهذا لا يجوز المرتد لانه ناقص لانه عيب ولهذا يرده المشتري اذا وجده كافرا وأصل الخلاف أنه هل يحمل المطلق على المقيد أو لا فعندنا لا يحمل وعنده يحمل اذا اتحد الجنس وهنا قيده بالنص بالمؤمنة في كفارة القتل فحمل عليه غيره من الكفارات ولنا أن المنصوص عليه اعتاق رقبة وهي اسم لذات مرقوقة مملوكة من كل وجه وقد وجد والتقييد بالايمان زيادة وهي نسخ فلا يجوز بالقياس ولان فيه قياس المنصوص عليه على المنصوص عليه وهو باطل لان من شرط القياس أن يتعدى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه وهذا لان القياس حجة ضعيفة لا يصار اليه الا عند عدم النص أو شبهته حتى صار مؤخرا عن قول الصحابي وهنا نص يمكن العمل به وهو اطلاق الكتاب ولان الفرع ليس نظير الاصل لان قتل النفس أعظم ولهذا لم يشرع فيه الاطعام ولا يجوز الحاقه بغيره في حق جواز الاطعام تغليظا للواجب عليه وتعظيما للجريمة حتى تتم صيانة النفس فكذا لا يجوز الحاق غيره به في التغليظ لان قيد الرقبة بالايمان أغلظ فيناسبه دون غيره لان جريمة القتل أعظم والمقصود من التحرير تمكينه من الطاعة وارتكابه المعصية منسوب الى سوء اختياره فلا يمنع من العتق وهذا لان المصروف الى الكفارة ماليته دون اعتقاده وكونه عدو الله تعالى لا يمنع التقرب الى الله تعالى بالاحسان اليه ألا ترى أنه تعالى قال لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم

...(?) أي ظهارا) بالنصب في خط الشارح رحمه الله (قوله وقال بعضهم) هو ابن قدامة من المالكية كذا بخط الشارح (قوله فلا يتعدد الا بتعدد ذكر اسم الله تعالى) وذكر في الغاية أن هذه تخالف مذهبنا لان تكرره يدل أنه سبب وهم منعوا تقديمه ولو كان سببا لجاز وهذا سهو لانه ينقلب سببا بالحنث اه من خط الشارح

﴿فصل في الكفارة﴾ لما كانت الحرمة (٦) بالظهار حرمة مؤقتة الى وجود المنهي وهو الكفارة شرع في هذا الفصل لبيان ذلك اه اتقاني ثم اعلم أن كفارة الظهار مشروعة على الترتيب دون التخيير لان الله تعالى ذكرها بحرف الفاء وهي للترتيب الاعتاق عند القدرة عليه ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الاعتاق ثم إطعام ستين مسكينا عند العجز عن الصوم والاصل فيه قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد من عتق الرقبة اعتاق الرقبة لانه اذا ورث أباه فنوى به الكفارة لم يجزه وقد نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي وذلك لان الميراث يدخل في ملكه بلا صنع منه فيعتق عليه بلا صنع منه أيضا والكفارة شرط فيها التحرير وهو صنع منه ولم يوجد منه اه اتقاني قوله والمراد من عتق الرقبة الخ أي المراد من قول صاحب الهداية وكفارة الظهار عتق رقبة اه (قوله ولا فرق الخ) قال الاتقاني لا خلاف في هذا المجموع الا في الرقبة الكافرة فانها تجزي عندنا الا ... عن كفارة الظهار والافطار واليمين خلافا للشافعي فانها لا تجزي عنده وعلى هذا الخلاف اذا نذر أن يعتق رقبة فأعتق رقبة كافرة كذا ذكره الامام علاء الدين في طريقة الخلاف وقول أحمد كقول الشافعي اه (قوله ولان فيه قياس المنصوص عليه على المنصوص عليه الخ) وعولا يجوز الزوم اعتقاد النقص فيما تولى الله تعالى بيانه

الآية ولهذا لونذر بالعتق خرج عن العهدة بعتق الكفرة ولا يقال هو مأمور بتحرير رقبة وهي نكرة فتختص بالاثبات وقد أريد بها المؤمنة فلا تدخل الكافرة لانهما ضدان لانا نقول هذه مطلقة فتتناول رقبة على أي صفة كانت لان المطلق هو الذي يتعرض للذات دون الصفات ألا ترى أنه يجوز الصغيرة والكبيرة وان كانا متضادين وكذا البيضاء والسوداء والذكر والانثى وغيره من الاوصاف المتضادة ويجوز المرتد عند بعض المشايخ فلنا أن نمنع وعند بعضهم لا يجوز لانه مستحق القتل حتى لو كانت مرتدة جازت بلا خلاف والعيب اذا كان لا يفوت جنس المنفعة لا يمنع الصحة كسائر العيوب ولهذا جاز الاصم والاعور ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف والخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين والمراد بالاصم الذي يسمع اذا صيح عليه فاما الاخرس فلا يجوز لفوات جنس المنفعة قال رحمه الله (ولم يجز الاعمى ومقطوع اليدين وابهاميهما أو الرجلين والمجنون) والاصل أن فوات جنس المنفعة يمنع الجواز والاختلال لا يمنع وهذا لان بقاء الانسان معنى يكون ببقاء منافعه وبفوات جنس المنفعة يكون هالكا معنى وفيما ذكر فوات البصر والبطش وقوته والمشي فكان هالكا والانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان أقوى من الاول والذي يجن ويفيق يجوز لان منفعة العقل غير فائتة وانما هي مختلة وذلك لا يمنع الجواز قال رحمه الله (والمدبر وأم الولد) لاستحقاقهما الحرية من وجه بجهة أخرى فكان الرق فيهما ناقصا وقوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي الكمال ويقتضي انشاء العتق من كل وجه واعتاقهما تعجيل لما صار مستحقا لهما فلا يكون انشاء من كل وجه فلا يجوز وقال في الغاية يرد على قول صاحب الهداية فكان الرق فيهما ناقصا لو قال كل مملوك لي حر عتق عبيده ومدبروه وأمهات أولاده ولا يعتق مكاتبوه فدل على كمال الرق فيهما ولهذا يحل له وطء المدبرة وأم الولد ولو كان الرق ناقصا فيهما لما حل له وطؤهما كالمكاتبة وهذا غلط وخطأ من وجوه أحدها أنه جعل الرق في المكاتب ناقصا والثاني أنه جعل نقصان الرق محرما للوطء والثالث أنه جعل المناط في قوله كل مملوك لي حر الرق وانما هو الملك والرابع أنه جعل رق المدبر وأم الولد كاملا ونحن نذكر الفرق ونبين المعنى والمناط مختصرا فنقول المكاتب رقه كامل لقوله عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والملك فيه ناقص لخروجه عن ملك المولى يدا والمدبر وأم الولد عكسه فان رقهما ناقص لاستحقاقهما الحرية من وجه والملك فيهما كامل لجواز التصرف فيهما ولهذا يحل له وطؤهما وقوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي رقا كاملا فيدخل فيه المكاتب دونهما وقول الرجل كل مملوك لي حر يقتضي ملكا كاملا فيدخلان فيه دون المكاتب فكان المناط في تحرير الرقبة عن الكفارة الرق وفي قوله كل مملوك لي حر الملك ولهذا قال صاحب الهداية في عتق المكاتب عن الكفارة في هذا الموضع لقيام الرق فيه من كل وجه وقال فيه في الايمان لان الملك فيه غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة يعني المولى وقال في المدبر وأم الولد والقن اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا وكذا ذكر الاصوليون أيضا فيه لم بهذا أن العتق ضد الرق دون الملك لانه يثبت في أشياء لا تقبل العتق ولو كان ضدا له لما ثبت لان شرط التضاد اتحاد المحل واذا كان الرق ناقصا لا يجزيه لعدم الاعتاق من كل وجه لان رقه كان زائلا من وجه قال رحمه الله (والمكاتب الذي أدى شيأ) لانه تحرير بعوض وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز لان رقه لم ينتقص عما أدى فكان باقيا من وجه ولهذا يقبل الفسخ بخلاف المدبر وأم الولد على ما بينا ولان العتق مستحق عليه فيهما قبله فلا ينوب عن الواجب ابتداء قال رحمه الله (فان لم يؤد شيأ أو اشترى قريبه ناويا بالشراء الكفارة أو حرر نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه عنها صح) أما المكاتب الذي لم يؤد شيأ فلما ذكرنا أن الرق فيه كامل فكان تحريرا من كل وجه وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر

(قوله ولهذا لونذر الخ) ظاهره أنه بالاتفاق بيننا وبين الشافعي اه (قوله لان المطلق هو الذي يتعرض للذات الخ) وهذا كذلك لانه ليس فيه ما ينبئ على الايمان والكفر بل الرقبة اسم للمملوك كذا قاله الجوهري في الصحاح فلا يجوز تقييده بالايمان بخبر الواحد لانه زيادة على النص وهو نسخ اه اتقاني (قوله حتى لو كانت مرتدة جازت) وقال في الغاية الرقبة أعم وهو غلط وانما هو مطلق وهو يتناول ذاتا واحدة على أي صفة كانت من خط الشارح رحمه الله (قوله واحدى الرجلين من خلاف) لبقاء جنس المنفعة لان منفعة البطش والمشي قائمة بخلاف ما اذا قطعتا من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس المنفعة لتعذر المشي قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يجزئ الاعمى والمقعد (فرع) يجوز عتق الآبق عن الكفارة اذا علم بحياته وقت الاعتاق مذكور في البيع الفاسد من هذا الشرح اه قال في الاجناس يجوز مقطوع الانف ومقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل ولا يجوز ساقط الاسنان ويجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحية والرأس ونقله عن نوادر ابن شجاع وقال في شرح الطحاوي يجوز الاعشى والعنين والخنثى والامة الرتقاء والتي بها قرن يمنع الجماع اه اتقاني (قوله وهذا غلط) أي قول صاحب الغاية اه (قوله وقال في المدبر) يعني في الهداية اه من خط الشارح (قوله لانه تحرير بعوض) والعوض يبطل معنى القربة اه اتقاني (قوله ولهذا يقبل الفسخ) أي يقبل الفسخ بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله اه اتقاني (قوله وقال زفر والشافعي لا يجوز الخ) وهو القياس. اه اتقاني

(قوله لانا نقول الفسخ ضروري) أي فسخ الكتابة ثبت ضرورة تقتضي صحة التكفير اهـ (قوله والاولاد الذين ولدتهم قبل الخ) وانما قيد الولادة بما قبل الاستيلاد لان ما ولدته بعده يعتق (٨) بموت المولى كهي اهـ من خط الشارح (قوله فلا يلزم) ليست الفاء في خط الشارح

وأم الولد بل أولى لان استحقاق العتق بالكتابة فوق استحقاقه بالتدبير والاستيلاد ولهذا صار أحق بمكاسبه ويمنع المولى من التصرف فيه وفيما في يده ويضمن له الارش والعقر بالجناية والوطء ولنا أن الواجب تحرير الرقبة وهو تصيير شخص مرقوق حرا وقد وجد ولم يتمكن نقصان في رقه بالكتابة لان عتقه معلق بشرط الاداء والمعلق به عدم قبل وجوده ولا يثبت بهذا التعليق استحقاق الحرية كما في سائر الشروط بل أولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وهذا لا يمنع وهذا أيضا دليل على أنه لا يوجب نقصان الرق ولا يوجب له حق الحرية لان الحرية لا تقبل الفسخ كحقيقته ألا ترى أن التدبير والاستيلاد لا يقبله فيثبت بهذا أن الرق قائم في المكاتب من كل وجه والكتابة لا تنافي الرق لانها فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا أنها بعوض فتلزم من جهة المولى ولئن كانت الكتابة مانعة من العتق عن الكفارة تنفسخ بمقتضى الاعتاق اذ هي تقبله برضا المكاتب وقد وجد رضاه دلالة لانه لما رضي بالعتق بعوض كان بغير عوض أولى ولا يقال لو انفسخت الكتابة لما سلمت لها الاولاد والاكساب وسلامتهما تدل على أن العتق حصل بجهة الكتابة لانا نقول الفسخ ضروري فيتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التكفير ولا يظهر في حق استرداد الاولاد والاكساب ولولا أنه فسخ لما سقط عنه بدل الكتابة أو نقول سلامة الاكساب والاولاد باعتبار أنه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لو كانت أم ولده ثم مات عتقت بجهة الاستيلاد وسلم لها الاكساب والاولاد الذين ولدتهم قبل الاستيلاد ثم اشترتهم بعد الكتابة ولئن سلمنا أنه عتق بجهة الكتابة لا يلزم منه عدم الاجزاء عن الكفارة لان كلامنا في الاعتاق الصادر من المولى لا في العتق الحاصل في المحل والكفارة تتأدى بالاعتاق دون العتق لان العتق واحد في حق المحل فلا يتنوع والاعتاق تختلف جهاته فجعل في حق المحل عين ما يستحقه بالكتابة وفي حق المولى اعتاقا بجهة الكفارة لقصده ذلك كالمرأة اذا وهبت صداقها من زوجها قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يرجع عليها بشيء ويجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصوده عند الطلاق وفي حقها تمليكا مبتدأ ولا يقال الملك فيه قد انتقص بالكتابة حتى لا يدخل تحت المملوك المطلق لانا نقول إن الله تعالى ما ذكر الملك وانما شرط ضرورة أن العتق لا ينفذ الا في الملك فهذا القدر من الملك وهو ملك الرقبة كاف لنفوذ العتق فلا حاجة الى ملك اليد وهذا لان الاعتاق لازالة الرق وكماله بملك الرقبة دون اليد فخروجه عن يده لا يوجب نقصا في الرق على ما مر وكذا وجوب الضمان على المولى بالجناية عليه أو على ماله لان وجوبه لتحقق مقصوده لا لخروجه عن ملكه وأما اذا اشترى قريبه ينوي به عن كفارته فلان الشراء علة العتق على ما نبينه وهو بصنعه فيكون عما نوى وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجزيه وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الاول لان علة العتق القرابة لانها علة وجوب الصلات بين الاقارب والشراء شرط العتق لانه سبب الملك والاعتاق سبب لزواله وبينهما تناف فاستحال اضافة العتق اليه لهذا المعنى ولاستحقاقه الحرية بالقرابة فصار كما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر ثم اشتراه ينوي به عن الكفارة حيث لا يجزيه لان نيته لم تقترن بالعلة وهي اليمين وانما اقترنت بالشرط وهو الشراء فلا يعتبر ولهذا يشترط الاهلية عند اليمين دون الشرط وكذا الضمان يجب على شهود اليمين لانه صاحب علة ولا يجب على شهود الشرط ولان فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه فلا يجوز كالزكاة ولنا أن النية قارنت علة العتق فيصح وهذا لان شراء القريب علة للعتق لان العلة هو تصيير الرقبة حرا وفي الشراء ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أي بالشراء لانه لا يحتاج الى غيره فصار اعتاقا وهذا كما يقال سقاه فأرواه وضربه فأوجعه أي بالسقي والضرب ولان الشراء يوجب الملك وملك القريب يوجب العتق فيضاف الملك مع حكمه الى الشراء لانهما حدثا به وهذا كمن رمى انسانا عمدا فأصابه فمات قتل به كأنه

(قوله وكماله) أي كمال الرق اهـ من خط الشارح (قوله وأما اذا اشترى قريبه الخ) قال في الهداية وان اشترى أباه وابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها قال الاتقاني وهذه من مسائل القدوري قال شمس الائمة السرخسي رضي الله عنه في شرح الكافي أجزأه استحسانا في قول علمائنا الثلاثة وفي القياس لا يجزي وهو قول أبي حنيفة الاول وزفر والشافعي وكذا إن وهب له أو أوصى له به كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي وقال في شرح الطحاوي ولو دخل في ملكه ذو رحم محرم بلا صنع منه كما اذا دخل في ملكه بالميراث فانه لا يجوز عن كفارته بالاجماع ولو دخل في ملكه بصنعه ان نوى عن كفارته وقت وجود الصنع يجزيه عن كفارته عندنا وعند الشافعي لا يجزيه عن كفارته ولو قال ان دخلت الدار فأنت حر يعتق ولا يجوز اذا نوى عن كفارته وقت دخول الدار الا اذا نوى عن كفارته وقت اليمين فحينئذ وجه القياس أن عتقه مستحق بسبب سابق وهو القرابة فلا يجزي عن الكفارة كما اذا اشترى المحلوف بعتقه ناويا عن الكفارة ولنا أن المأمور به في الآية هو التحرير وقد حصل فيجزئ عن الكفارة وهذا لان شراء القريب إعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أي بالشراء كما في قولهم أطعمه فأشبعه اهـ

حز

حز رقبته بالسيف لان فعله وهو الرمى أدى الى النفوذ والمضى فى الهواء وأوجب المضى الوقوع عليه وأفضى ذلك الى الجرح وهو سبب الموت فيضاف الكل اليه بالتسبب فيكون الرامى قاتلا له بهذه الوسائط فكذا الشراء أوجب الملك والملك أوجب العتق فكان المشترى معتقا بواسطة الملك والملك ليس بشرط للعتق لان الشرط ما لا أثر له فى الايجاب والعتق فيه لا يثبت الا بالملك والقرابة ولكل واحد منهما أثر فيه فجعلا علة ذات وجهين ثم ان وجدا معا أضيف الحكم اليهما وان تعاقبا كان الاخير هو العلة أيهما كان ولهذا اذا اشترى نصف ابنه من أحد الشريكين ضمن للآخر ان كان موسرا والضمان الذى يختلف باليسار والاعسار لا يكون الا بالاعتاق ولو تأخر السبب بأن ادعى أحد الشريكين نسب عبد مشترك بينهما يضمن المدعى نصيب شريكه وهذا آية العلية بخلاف آخر الشاهدين لان الشهادة لا توجب شيأ بدون القضاء والقضاء بهما جميعا فلا يحال التلف الى الثانى منهما يحققه أن العتق صلة وللملك تأثير فى ايجاب الصلات كايجاب الزكاة وللقرابة أيضا تأثير فى ايجاب الصلات فصارا علة واحدة فيضاف اليهما عند اجتماعهما وجودا ولا يضاف الى الاخير بخلاف ما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ينوى به عن الكفارة حيث لا يجوز لان الشراء هنا شرط محض لا تأثير له فى ايجاب الحرية فقران النية به لا يفيد حتى لو اقترنت باليمين بان قال ان اشتريتك فأنت حر عن كفارة ظهارى أجزأه لاقتران النية بالعلة وهى اليمين بخلاف ما اذا قال ذلك لامة قد استولدها بالنكاح ثم اشتراها حيث لا يجزيه عن الكفارة وان اقترنت نيته بالعلة لان عتقها مستحق بالاستيلاد السابق فأضيف العتق الى اليمين من وجه لا من كل وجه فصار كأنه أعتق أم الولد وقولهم ان العتق مستحق بالقرابة فاسد لان الاستحقاق لا يثبت قبل تمام العلة ولا معنى لقولهم فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه لانه لما جاز صرفها الى عبده كان أولى أن يجوز الى قريبه وعلى هذا الخلاف لو وهب له أو تصدق به عليه أو أوصى له به وهو ينوى به عن الكفارة لان الملك بهذه الاشياء يحصل بصنعه وهو القبول بخلاف ما اذا ورثه وهو ينويه عن الكفارة حيث لا يجزيه لان الميراث يدخل فى ملكه من غير صنعه ولا بد من صنعه فى الكفارة لان المأمور به هو التحرير وهو جعل الرقبة حرا وأما اذا حرر نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه عنها فلانه أعتق رقبة كاملة بكلامين فحصل المقصود به وهذا جواب الاستحسان وفى القياس أن لا يجوز لانه بعتق النصف تمكن النقصان فى الباقى فصار كما لو أعتق نصيبه من العبد المشترك بينه وبين آخر ثم ضمن نصيب شريكه وجه الاستحسان أن هذا النقصان من آثار العتق الاول بسبب الكفارة فى ملكه ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للتضحية فأصاب السكين عينها فذهبت بخلاف العبد المشترك على ما نبينه من قريب ان شاء الله تعالى وهذا على قول أبى حنيفة وعلى قولهما لا يتأتى فيه القياس والاستحسان لان العتق لا يتجزأ عندهما ولهذا لو أعتق نصف عبده ولم يعتق الباقى جاز عندهما لانه يعتق كله قال رحمه الله (وان حرر نصف عبد مشترك وضمن باقيه أو حرر نصف عبده ثم وطئ التى ظاهر منها ثم حرر باقيه لا) أى لا يجزيه عن الكفارة فأما فى العبد المشترك فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجزيه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق بجزء منه عتق كله فصار معتقا الكل العبد وهو ملكه الا أن المعتق اذا كان موسرا ضمن نصيب شريكه فيكون عتقا بغير عوض فيجزيه وان كان معسرا سعى العبد فيكون عتقا بعوض فلا يجزيه عن الكفارة وله أن النقصان تمكن فى النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان حصل فى ملك شريكه ثم انتقل اليه بالضمان ناقصا فلا يجزيه عن الكفارة بخلاف ما اذا أعتق نصف عبده ثم باقيه على ما تقدم لان ذلك النقصان كذهاب البعض بسبب العتق فجعل من الاداء ولا يمكن ذلك هنا لانه لا أداء قبل الملك فوضح الفرق ولا يقال انه ملكه بالضمان مستندا الى وقت الاعتاق فحصل النقصان فى ملكه بهذا الاعتبار لانا نقول الاستناد فى المضمونات يثبت فى حق الضامن والمضمون له لا فى حق غيرهما فلا يثبت فى حق الاجزاء عن الكفارة وأما اذا أعتق النصف ثم جامعها ثم أعتق النصف الباقى فلان المأمور به العتق قبل المسيس

فلم يوجد لان النصف وقع بعد المسيس ولا يقال لو كان ذلك مانعا لما جاز له أن يعتق رقبة أخرى بعده لانا نقول النص يقتضى تقديم العتق على المسيس ومنع التفرقة بالجماع بين النصفين فما تعذر منهما سقط وهو التقديم وما أمكن تداركه وجب عملا بالنص بالقدر الممكن وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما يجزيه لان العتق لا يتجزأ عندهما فاعتاق النصف اعتاق للكل فكان اعتاق الرقبة قبل المسيس قال رحمه الله (فان لم يجد ما يعتق صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان وأيام منهية) وهى يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق لان التتابع منصوص عليه وشهر رمضان لم يشرع فيه صوم آخر غيره فى حق المقيم الصحيح والصوم فى العيدين وأيام التشريق منهى عنه فلا يتأدى به الكامل وينقطع التتابع بدخول هذه الايام لانه يجد شهرين متواليين خاليين عن هذه الايام بخلاف ما اذا حاضت المرأة فى صوم كفارة الافطار أو القتل حيث لا ينقطع به الترتيب لانها لا تجد بدا منه فى شهرين بخلاف كفارة اليمين والنفاس والمرض حيث يستقبل فى هذه الاشياء لانه يمكن وجود شهرين خاليين عن النفاس والمرض ومدة كفارة اليمين قليلة فيمكنها أن تصوم مرتبا من غير حرج وعلى هذا الاعتبار الصوم المنذور بشرط التتابع ثم ان صام شهرين بالاهلة أجزأه وان كانا ناقصين والا فلا يجزيه الا الكامل قال رحمه الله (وان وطئ فيهما ليلا أو يوما ناسيا أو أفطر استأنف الصوم) لانه بالافطار فات الترتيب المنصوص عليه وبالوطء قبل التكفير يفوت تقديم الكفارة وهذا عندهما وقال أبو يوسف لا يستأنف الا بالافطار لان الوطء المذكور لا يفسد به الصوم كما لو جامع غيرها بهذه الصفة فكان الترتيب باقيا على حاله ولان فى الاستئناف تأخير الكل عن المسيس وفى المضى تأخير البعض فكان أولى ولهذا لو جامعها فى خلال الاطعام لا يستأنف ولهما أن النص يقتضى تقديم الصوم على الوطء وأن يكون الصوم خاليا عن الوطء فاذا فات التقديم وسقط لتعذره وجب أن يأتى بالآخر وهو الاخلاء لان العجز عن أحدهما لا يوجب سقوطهما بخلاف الاطعام لانه غير مقيد بالتقديم فيجرى على اطلاقه وقوله يوما ولم يقل نهارا ليدخل فيه ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس قال رحمه الله (ولم يجز للعبد الا الصوم وان أطعم أو أعتق عنه سيده) لانه لا مال له والتكفير بالمال لا يكون بدونه ولا هو من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه ولا يقال ينبغى أن يثبت العتق له فى ضمن تمليكه اقتضاء لانا نقول الحرية أصل الاهلية فلا يثبت اقتضاء لان ما يثبت بطريق الاقتضاء يكون تبعا ولا يصح ذلك فى الاصل وصومه مقدر بشهرين متتابعين كالحر وعن النخعى شهر واحد اعتبارا بالعقوبة لانه شرع زاجرا كالحدود ونحن نقول جانب العبادة أرجح ألا ترى انها لم تشرع فى حق الكافر ويشترط فيها النية وتتأدى بالصوم ولا تتنصف فى العبادة وليس للمولى أن يمنعه من التكفير بالصوم بخلاف النذر وكفارة اليمين لان النذر بالتزامه فكان نفلا فى حقه وكفارة اليمين ليس بمضطر اليها فلا يضره التأخير ولو صام الحر شهرين فقدر على الاعتاق فى اليوم الاخير قبل غروب الشمس وجب عليه الاعتاق وكان صومه تطوعا والافضل أن يتم صوم اليوم الاخير وان أفطر فلا قضاء عليه خلافا لزفر ولا يجوز الصوم لمن له خادم واحد وقال الشافعى يجوز اعتبارا بالماء المعد للعطش حيث يجوز التيمم ولنا أن الفرق بينهما أن الماء مأمور بامساكه واستعماله محظور عليه فى هذه الحالة بخلاف الخادم قال رحمه الله (فان لم يستطع الصوم أطعم ستين فقيرا كالفطرة أو قيمته) لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقوله كالفطرة يعنى فى قدر الواجب حتى يجب عليه نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير لقوله عليه الصلاة والسلام لسلمة بن صخر البياضى أطعم ستين مسكينا وسقا من تمر بين ستين مسكينا رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وأحمد وقال الترمذى حديث حسن وقال عليه الصلاة والسلام لاوس فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر رواه أحمد وأبو داود وأبو داود أيضا من غير ذكر وسقا من تمر وروى الاثرم باسناده

(قوله فى المتن صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان) قال الاتقانى رحمه الله أما عدم اجزاء صوم رمضان عن الكفارة فلان الصوم الواقع فيه وقع عن فرض رمضان فلا يقع عن فرض آخر الا اذا كان مسافرا فصام شعبان ورمضان بنية الكفارة أجزأه عند أبى حنيفة خلافا لهما لما عرف فان قلت كيف جاز صوم رمضان عنه وعن صوم الاعتكاف اذا نذر أن يعتكف فيه فصامه معتكفا قلت الصوم فى باب الاعتكاف شرط الاعتكاف فيشترط وجود الشرط كيف كان لا قصدا بخلاف الصوم فى الكفارة فانه فرض مقصود يعتبر وجوده قصدا وأما الايام المذكورة فصومها ناقص بورود النهى عن صومها والواجب بالكفارة صوم كامل فلا يخرج عن عهدته بالناقص قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ولو أفطر يوما لعذر من مرض أو سفر فانه يستقبل الصيام وكذا لو جاء يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق فانه يستقبل الصوم ولو صام هذه الايام ولم يفطر فكذلك أيضا يستقبل اه (قوله فى المتن ولم يجز للعبد الا الصوم الخ) وكذا السفيه المحجور عليه عندهما اذا ظاهر من امرأته لا يكون الا بالصوم ذكره ابن فرشتا فى كتاب الحجر من شرح المجمع اه (قوله بخلاف النذر وكفارة اليمين) أى فان للمولى منعه عنه اه (قوله ولا يجوز الصوم لمن له خادم واحد) بخلاف المسكين اه (قوله بخلاف الخادم) ذكره الرازى فى أحكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه أنه بمنزلة لباس أهله بخلاف الخادم اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام لاوس) وأوس هذا هو ابن الصامت أخو عبادة اه

باسناده عن عمر قال أطعم صاعا من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر ذكره فى المعلى وقيمته تقوم مقامه عندنا على ما عرف فى الزكاة ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيكون نظير صدقة الفطر فان أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود لان المن رطلان فوجد نصف الواجب من كل جنس فتندفع به حاجة المسكين وهو المقصود بالاطعام وانما جاز تكميل أحد النوعين بالآخر لاتحاد المقصود وهو الاطعام فصارا جنسا واحدا من هذا الوجه فجاز التكميل بالآخر ولا يجوز بالقيمة حتى لو أدى أقل من صاع من التمر يساوى نصف صاع من بر لا يجوز لان القيمة لا تعتبر فى المنصوص عليه فصار كما لو أدى نصف صاع من تمر جيد يساوى صاعا من الوسط حيث لا يجوز لما ذكرنا ولا يرد على هذا ما لو أطعم خمسة وكسا خمسة فى كفارة اليمين حيث تجوز الكسوة عن الاطعام بالقيمة والكسوة منصوص عليها وحيث لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر اجزاء ولا ما لو أعتق نصف رقبة وصام شهرا حيث لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر لان شرط منع اعتبار القيمة وشرط جواز التكميل اتحاد الجنس فلم يوجد لان الكسوة غير الاطعام والاعتاق غير الصيام فلم يوجد شرط منع جواز القيمة فى الاولى ولا علة جواز التكميل فى الاخريين ولان الصوم بدل عن العتق فلا يجوز الجمع بينهما وفى كفارة اليمين هو مخير بين ثلاثة أشياء فقضيته أن يتناول أحدها كله فاذا أتى ببعض واحد منها وأراد تكميله ببعض الآخر لا يجزيه لعدم الامتثال لان من خير بين أشياء ليس له أن يختار بعض كل منها ويلزم من هذا أن يكون مخيرا بين أربعة أشياء وهو خلاف النص ولا يلزم على ما ذكرنا من اشتراط اتحاد الجنس فى التكميل أن يجوز عتق نصف رقبتين مشتركتين بينه وبين غيره لان المنصوص عليه الرقبة ونصف الرقبتين ليس برقبة بخلاف ما لو اشتركا فى أضحية شاتين حيث يجوز لان الشركة لا تمنع صحة الاضحية ولا يرد على ما ذكرنا جزاء الصيد فانه يجوز الجمع فيه بين الصيام والاطعام والهدى وهى مختلفة لانا نقول هذا ليس بتكميل لان التكميل يكون فى المحظور بل هو عمل بموجب النص فى كل واحد كأن ليس معه غيره وهذا لان الواجب عليه القيمة بالغة ما بلغت ثم هو مخير فيها وفى كل جزء من أجزائها ان شاء جعله صوما أو غيره بخلاف كفارة اليمين لان الواجب عليه أحدها غير عين فلا يجمع ولو فرق على كل مسكين أقل من نصف الصاع من البر أو أقل من صاع من الشعير بأن أعطى القدر الواجب لمسكينين أو أكثر لا يجزيه وعليه أن يتم لكل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير بخلاف صدقة الفطر فان له أن يفرق نصف صاع من بر على مسكينين أو أكثر والفرق أن العدد منصوص عليه فى الكفارة كما نص على قدر الواجب فيكون لكل واحد ما يخصه من الواجب وأما صدقة الفطر فالعدد فيها مسكوت عنه فله أن يفرق القدر على أى عدد شاء ولكن الافضل أن يعطى مسكينا واحدا ليتحقق الاغناء لان ما دون نصف صاع لا يحصل به الاغناء قال رحمه الله (فلو أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره ففعل أجزأه) لانه طلب منه التمليك معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه يجوز لانه يصير قابضا للآمر ثم يجعله لنفسه ثم فى ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الآمر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن أبى يوسف أنه يرجع ويجعل قرضا لانه أدناهما ضررا قال رحمه الله (وتصح الاباحة فى الكفارات والفدية دون الصدقات والعشر) وقال الشافعى لا يجوز فى الكفارات والفدية أيضا الا التمليك لانه أدفع للحاجة والاطعام يذكر للتمليك عرفا يقال أطعمتك هذا الطعام أى ملكتكه فيحمل عليه أو هو مراد بالاجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادا لان فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز أو العموم فى المشترك وكل ذلك لا يجوز ولانها صدقة واجبة فيكون من شرطها التمليك كالزكاة وصدقة الفطر والكسوة فى كفارة اليمين ولنا أن المنصوص عليه فى الكفارة والفدية الاطعام وهو حقيقة فى التمكين لانه عبارة عن جعل الغير طاعما وذلك بالاباحة وانما جاز التمليك بدلالة النص والعمل بها لا يمنع العمل بالحقيقة ألا ترى ان ضرب الوالدين وشتمهما يحرم بدلالة النص فى قوله تعالى ولا تقل لهما أف مع

(قوله وأما صدقة الفطر الخ) ذكر الشارح رحمه الله فى باب صدقة الفطر أنه يجب دفع صدقة فطر كل شخص الى مسكين حتى لو فرقه على مسكينين أو أكثر لم يجز لان المنصوص عليه هو الاغناء ولا يستغنى بما دون ذلك وجوز الكرخى تفريق صدقة شخص واحد على مساكين لان الاغناء يحصل بالمجموع اه (قوله مسكوت عنه) والمعتبر فيها المقدار دون العدد اه (قوله فى المتن فلو أمر) أى المظاهر اه (قوله وانما جاز التمليك بدلالة النص الخ) ووجهه أن التمليك يصلح لقضاء الحوائج والاكل جزء منها فاذا جاز بجزء فالكل أولى اه من خط الشارح

(قوله وهو التأفيف) كذا هذا فلا نص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذى هو سبب لدفع الحاجات التى من جملتها الاكل أجوز فانه حينئذ دافع لحاجة الاكل وغيره اه كمال (قوله فكان المعتبر أكلتان) قال الكمال رحمه الله المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم ان كان خبز بر فى سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن أبى حنيفة فى كفارة اليمين لو قدم بين يدى عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأه وان لم يبلغ ذلك الاصاعا أو نصف صاع فان كان أحدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر إشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة اه وكتب على قوله أكلتان ما نصه كذا بخط الشارح اه (١٢)

بقاء الاصل مرادا وهو التأفيف بخلاف المستشهد به لان المنصوص عليه فيها الايتاء والاداء والكسوة وهى تقتضى التمليك قال رحمه الله (والشرط غداآن أو عشاآن مشبعان أو غداء وعشاء) لان المعتبر دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة ويقوم قدرهما مقامهما فكان المعتبر أكلتان والسحور كالغداء ولو غدى ستين وعشى ستين غيرهم لم يجزه الا أن يعيد على أحد الستينين منهم غداء أو عشاء ولا بد من الادام فى خبز الشعير والذرة ليمكنه الاستيفاء الى الشبع بخلاف خبز البر فاذا أشبعوا أجزأه قليلا أكلوا أو كثيرا لحصول المقصود ولو كان فيمن أطعمهم صبى فطيم لم يجزه لانه لا يستوفى كاملا وكذا لو كان بعضهم شبعان قبل الاكل قال رحمه الله (وان أعطى فقيرا شهرين صح) أى لو أطعم فقيرا واحدا ستين يوما أجزأه وقال الشافعى رحمه الله لا يجزيه لان التفريق على الستين واجب بالنص فلا يجوز ابطاله بالتعليل ولنا ان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد بتجدد الايام فكان فى اليوم الثانى كمسكين آخر لتجدد سبب الاستحقاق قال رحمه الله (ولو فى يوم لا الا عن يومه) أى لو أعطى مسكينا واحدا كله فى يوم واحد لا يجزيه الا عن يومه ذلك وهذا فى الاعطاء بدفعة واحدة أو اباحة من غير خلاف لان الواجب عليه التفريق بالنص ولم يوجد كالحاج اذا رمى الجمرة بسبع حصيات بدفعة واحدة لا يجزيه الا عن واحدة وأما اذا ملكه بدفعات فقد قيل يجزيه لان التمليك أقيم مقام حقيقة الاطعام والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع هالكا ولا معنى لاشتراط مضى زمان تتجدد فيه حاجة الاكل مع تحقق الحاجات ألا ترى أنه لو كسا رجلا عشرة أيام كل يوم ثوبا جاز ولا يشترط فيه مضى زمان تتجدد فيه الحاجة الى الكسوة وهذا لانه بعدما أخذ صار كفقير آخر ولهذا جاز له أن يدفع اليه عن كفارة أخرى غير جنس الاولى ككفارة اليمين والقتل وجاز لغيره أن يدفع اليه بخلاف ما اذا ملكه بدفعة واحدة لان التفريق منصوص عليه فلا يجوز دونه وبخلاف الاباحة لانه لا يندفع به الا حاجة واحدة وهى حاجة الاكل فى يوم واحد وقيل لا يجزيه الا عن يومه ذلك وهو الصحيح ووجهه أن المعتبر سد خلته وقد اندفعت حاجته فى ذلك اليوم فالصرف اليه بعد ذلك يكون اطعام الطاعم فلا يجوز كما لا يجوز دفعها الى الغنى بخلاف كفارة أخرى لان المستوفى كالمعدوم بالنسبة الى غيرها وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه يختلف باحوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم بعينها لتعذر الوقوف عليها فأقيم مضى الزمان مقامها لانها به تتجدد وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجة وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها قال رحمه الله (ولا يستأنف بوطئها فى خلال الاطعام) لان النص فى الاطعام مطلق غير مقيد بما قبل المسيس فيجرى على اطلاقه ولا يجوز حمله على النص المقيد فى الاعتاق والصوم بالقياس ولا بخبر الواحد وهو قوله عليه الصلاة والسلام للذى واقع امرأته قبل التكفير استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر لان التقييد نسخ فلا يجوز بمثله وانما منع من الوطء قبله لجواز أن

(قوله وقال الشافعى لا يجزيه الخ) قال الكمال وقال مالك والشافعى وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزيه وهو قول أكثر العلماء لانه نص على ستين مسكينا وتكرير الحاجة فى مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز وأصحابنا أشد موافقة لهذا الاصل ولهذا قالوا فى المسئلة الآتية عن قريب وهى ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع مرة واحدة يحتسب عن رمية مع أن تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامى لعدد المساكين ستين فالنص على العدد أولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم أن تكرر الحاجة تكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما وتمامه موقوف على أن ستين مسكينا مرادا به الاعم من الستين حقيقة أو حكما ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير اليه الا بموجبه فان قلت المعنى الذى باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه العدد الحكمى ما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد الا أن الظاهر انما هو عدد معدوده ذوات المساكين مع عقلية العدد مما يقصد لما فى تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء اه (قوله فكان فى اليوم الثانى) الذى بخط المصنف فكان يوم الثانى كمسكين آخر اه (قوله ككفارة اليمين والقتل) وكذا لو دفع اليه عن كفارتين من جنس واحد عند محمد رحمه الله وقال فى المنظومة فى كتاب الايمان إطعام عشر ولكل تمما * صاعا لحنثين يجوز عنهما
(قوله وانما منع من الوطء قبله) لا لان المسيس بل الخ اه

يقدر على التحرير أو الصيام فيسعان بعده والنهي لغيره لا يعدم المشروعية ولا يقتضي الفساد قال رحمه الله (ولو أطعم عن ظهارين ستين فقيرا كل فقير صاعا صح عن واحد وعن افطار وظهار صح عنهما) وقال محمد صح في الظهارين أيضا عنهما لان في المؤدى وفاء بهما والفقير مصرف لهما فصار كما لو ملكه بدفعتين أو اختلف جنس الكفارة لهما أنه زاد في قدر الواجب ونقص عن المحل فلا يجوز الا بقدر المحل كما لو أعطى ثلاثين مسكينا عن ظهار واحد كل واحد منهم صاعا لان الواجب عليه في الواحدة اطعام ستين وفي كفارتين اطعام مائة وعشرين فقيرا فاذا نقص عنه لا يجوز والفقه فيه أن النية في الجنس الواحد لغو لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة لاختلاف الاغراض فيها فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يلغو فاذا الغت نية العدد بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان التقدير بنصف الصاع لمنع النقصان فلا يمنع الزيادة فصار كما اذا نوى أصل الكفارة ولم يزد عليه بخلاف ما اذا فرق الدفع أو كانتا جنسين لما بينا قال رحمه الله (ولو حرر عبدين عن ظهارين ولم يعين صح عنهما ومثله الصيام والاطعام) أي لو أعتق رقبتين عن كفارتي ظهار أو صام عنهما أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا لا ينوي احداهما بعينها جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية التعيين على ما مر قال رحمه الله (وان حرر عنهما رقبة أو صام شهرين صح عن واحد وعن ظهار وقتل لا) أي لو أعتق رقبة واحدة عن ظهارين أو صام عنهما شهرين جاز وكان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وان أعتق رقبة مؤمنة عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وان كانت كافرة جاز عن الظهار استحسانا لان الكافرة لا تصلح لكفارة القتل فتعينت للظهار وقال زفر لا يجزيه عن واحد منهما في كفارتي ظهار أيضا وقال الشافعي رحمه الله له أن يجعل عن احداهما في الفصلين لان الكفارات كلها عنده جنس واحد لاتحاد المقصود وهو الستر ولهذا حمل المطلق في احداهما على المقيد في الاخرى ولزفر أنه أعتق عن كل واحدة منهما نصف العبد فلغا ولا قدرة له بعد ذلك أن يجعله عن إحداهما لخروج الامر من يده والقياس ما قاله زفر رحمه الله وجه الاستحسان أن نية التعيين في الجنس المتحد لغو وفي المختلف مفيد على ما تقدم فاذا لغا بقي مطلق النية فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقه في الابتداء ألا ترى أنه لو نوى قضاء يومين من رمضان يجزيه عن يوم واحد ولو نوى عن القضاء والنذر أو عن القضاء والكفارة لا يجزيه عن واحد منهما ويعرف اختلاف الجنس في الحكم باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهود الشهر وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلاجل ذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم السبت مثلا أو يوم الاحد حتى لو كان عليه قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين عن أحدهما ولو نوى ظهرا وعصرا أو نوى ظهرا وصلاة جنازة لم يكن شارعا في واحدة منهما للتنافي وعدم الرجحان ولو نوى ظهرا ونفلا لم يكن شارعا أصلا عند محمد لانهما يتنافيان وعند أبي يوسف يقع عن الظهر لانه أقوى وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لانهما بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية فصار نفلا وعند أبي يوسف يقع عن الاقوى ترجيحا له عند التعارض وهو الفرض أو الواجب ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو حجة الاسلام اتفاقا أما عند أبي يوسف فظاهر وأما عند محمد فلان الجهتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية وبه تتأدى حجة الاسلام والله أعلم

﴿باب اللعان﴾

(قوله في المتن ولو أطعم عن ظهارين الخ) قال في المبسوط ولو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين عن امرأة واحدة أو امرأتين لم يجزه الا من أحدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويجزيه في قول محمد عنهما وكذلك الاختلاف فيما لو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من إفطارين وبه صرح في شرح الطحاوي اهـ اتقاني (قوله لان في المؤدى وفاء بهما) أي بالكفارتين لان المقدار الواجب لكل مسكين نصف صاع من كل واحدة من الكفارتين والصاع يعدل ذلك (قوله والفقير مصرف لهما) أي المسكين لا يخرج باخذ أحد الحقين عن كونه مصرفا لاحتياجه مع ذلك ولهذا لو أعطاه نصف الصاع عن إحدى الكفارتين ثم أعطى النصف الآخر اياه عن الكفارة الاخرى جاز بالاتفاق اهـ اتقاني (قوله ونقص عن المحل) أي لان محل الظهارين مائة وعشرون مسكينا اهـ (قوله والفقه فيه الخ) قال الاتقاني رحمه الله وعندي قول محمد أقوى لانا لا نسلم أن النية في الجنس الواحد لا تفيد لانه اذا اعتبرت نيته يقع المؤدى عن الكفارتين واذا لم تعتبر لم يقع اهـ (قوله أو كانتا جنسين) كالقتل والظهار فان نية التمييز فيه مفيدة (قوله يشترط التعيين عن أحدهما) هذا خلاف المختار قال الكمال في الصوم ولو وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد الاولى أن ينوي أول يوم وجب عليه قضاؤه من هذا الرمضان وان لم يعين الاول جاز وكذا لو كان من رمضانين على المختار حتى لو نوى القضاء لا غير جاز اهـ

﴿باب اللعان﴾

وهو في اللغة الطرد والابعاد وسمي به لما فيه من لعن نفسه في الخامسة وهو من تسمية الكل باسم البعض كالتشهد وكالصلاة تسمى ركوعا وسجودا وسبحة لوجود ذلك كله فيها وشرطه قيام الزوجية وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وركنه شهادات مؤكدات باليمين واللعن وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن وأهله من هو أهل لاداء الشهادة على ما يجيء مفصلا قال رحمه الله (هي شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها) وقال الشافعي رحمه الله هي أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين فحملنا المحتمل على المحكم لاسيما اذا تعذر حمله على الحقيقة لان الشهادة لنفسه غير مقبولة بخلاف اليمين وتكرره يدل على أنه يمين أيضا لانها شرعت مكررة كما في القسامة دون أداء الشهادة ولنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم استثنى أنفسهم عن الشهداء فثبت أنهم شهداء لان المستثنى يكون من جنس المستثنى منه ثم نص على شهادتهم فقال فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فنص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ولان الحاجة هنا الى ايجاب الحكم من الطرفين والذي يصلح للايجاب هو الشهادة الا أنها أكدت باليمين لانه يشهد لنفسه والتأكيد لا يخرجه من أن يكون شهادة وقوله الشهادة لنفسه غير مقبولة قلنا انما لا تقبل في موضع التهمة وأما اذا انتفت التهمة فمقبولة قال الله تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو فهذه من أصدق الشهادات لانتفاء التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين وما قاله الشافعي لا يستقيم لانه يلزم من حمل الشهادة في الآية على اليمين أن يحلف عن غيره فيكون التقدير ولم يكن لهم حالفون الا أنفسهم وأن تكون

اللعان هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة قياسين لفاعل اه فتح (قوله وهو في اللغة الطرد الخ) وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمي بذلك لوجود اللعن في الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو أيضا موجود فيها وهو أيضا في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح اه كمال (قوله وسبحة) قال في النهاية والسبحة من التسبيح كالسخرة من التسخير وانما خصت النافلة بالسبحة وان شاركتها الفريضة في معنى التسبيح لان التسبيحات في الفرائض نوافل فقيل لصلاة النافلة سبحة لانها نافلة كالتسبيحات والاذكار في أنها غير واجبة اه وفي المصباح التسبيح التقديس والتنزيه يقال سبحت الله أي نزهته عما يقول الجاحدون ويكون بمعنى الذكر والصلاة يقال فلان يسبح الله أي يذكره باسمائه نحو سبحان الله وهو يسبح أي يصلي السبحة فريضة كانت أو نافلة ويسبح على راحلته أي يصلي النافلة وسبحة الضحى ومنه فلولا أنه كان من المسبحين أي من المصلين اه (قوله وشرطه قيام الزوجية) قال الاتقاني وشرطه أن يكونا زوجين حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف وان يكون النكاح بينهما صحيحا سواء دخل بها أو لم يدخل كذا في شرح الطحاوي وانما اشترطت الزوجية لان الله تعالى خصه بالازواج حتى لو قذفها ثم طلقها ثلاثا أو بائنا فلا حد ولا لعان وكذا اذا كان النكاح فاسدا لا يجب اللعان لانه ليس بزوج مطلقا واشترطت الحرية لان الرق مناف للشهادة واللعان شهادة مؤكدة باليمين والحرية من جانبها من شرائط احصان القذف واشترط الاسلام لان الاسلام من شرائط الاحصان حتى لا يجب الحد على قاذف الكافرة فكذا لا يجب اللعان أما اذا كان الزوج كافرا والمرأة مسلمة بان أسلمت المرأة فقذفها بالزنا قبل عرض الاسلام عليه لا يجب اللعان لانه لا شهادة للكافر على المسلمة واشترط العقل والبلوغ لانه لا صحة للقذف بدونهما واشترط نفي الحد في القذف لان المحدود لا شهادة له بالنص اه (قوله وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد) قال الاتقاني قذف الرجل زوجته قذفا صحيحا ونعني بالصحيح ما يوجب الحد في حق الاجانب بان كان عاقلا بالغا والمرأة عاقلة بالغة لان القذف من الصغير والمجنون ليس بموجب للحد لعدم العقل ولان قذف المجنونة والصغيرة بالزنا كذب لانه لا يتصور الزنا منهما فلا يكون قذفا صحيحا موجبا اه (قوله وأهله من هو أهل لاداء الشهادة الخ) فلا يجري الا بين المسلمين الحرين العاقلين البالغين غير المحدودين في قذف لقوله تعالى فشهادة أحدهم اه ع (قوله في المتن هي شهادات) التأنيث باعتبار الملاعنة أو بالنظر الى قوله شهادات اه عيني (قوله قائمة مقام حد القذف في حقه) ولهذا اشترط كونها ممن يحد قاذفها ولا تقبل شهادته بعد اللعان أبدا اه ع (قوله ومقام حد الزنا في حقها) ولهذا لو قذفها مرارا يكفي لعان واحد كالحد اه ع (قوله وقال الشافعي هي أيمان مؤكدات الخ) فيشترط أهلية اليمين عنده فيجري بين المسلم وامرأته الكافرة وبين الكافر وامرأته الكافرة وبين العبد وامرأته وبه قال مالك وأحمد اه عيني (قوله والشهادة تحتمل اليمين) ألا ترى أنه لو قال أشهد بالله كان يمينا اه فتح (قوله لانها شرعت مكررة كما في القسامة) ولان الشهادة محلها الاثبات واليمين النفي فلا يتصور تعليق حقيقتهما بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلناه من الموجبين المذكورين وهذا التقرير في حل مذهبه يوجب أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة اه كمال وقوله لانها شرعت مكررة الخ يعني أنه شرع تكرار الشهادة اه (قوله فثبت أنهم شهداء) أي لان الاستثناء من النفي اثبات اه

موجبا للحكم على غيره بيمينه وفساده لا يخفى على أحد لان أحدا لا يحلف عن غيره ولا يوجب الحكم بيمينه على غيره وتكرارها للقيامها مقام الشهود وهم أربعة فى الزنا فكذا ما قام مقامهم فقرن الشرع الركن فى جانبه باللعن لو كان كاذبا وبالغضب فى جانبها لو كان صادقا لان الصادق أحدهما والقاضى لا يعلم ذلك فكان اللعن فى جانبه قائما مقام حد القذف وفى جانبها صار الغضب قائما مقام حد الزنا لان الاستشهاد بالله تعالى كاذبا مهلك كالحد فقام مقامه ولهذا لو قذفها مرارا يكفى لعان واحد كالحد بخلاف ما اذا قذف جماعة من نسائه بكلمة واحدة أو كلمات حيث يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف الحد والفرق أن المقصود يحصل بحد واحد وهو دفع العار عن المقذوفين ولا يحصل فى اللعان لانه يتعذر الجمع فى كلمات اللعان وقد يكون صادقا فى البعض دون البعض فلا بد من اللعان مع كل واحدة ليحصل المقصود به وهو التفريق وثمرة الخلاف بيننا وبين الشافعى تظهر فى هذا أعنى فى تكرار اللعان وفى اشتراط أهلية الشهادة فعندنا يشترط وعنده يشترط أهلية اليمين وهو أن يكون ممن يملك الطلاق وهذا القول يؤدى الى أن اللعان لا يقوم مقام حد القذف لانه يؤدى الى أن الاحصان ليس بشرط فى المقذوف بل يشترط فيه أهلية اليمين لا غير واللعان لم يشرع الا قائما مقام الحد فكان باطلا قال رحمه الله (ولو قذف زوجته بالزنا وصلحا شاهدين وهى ممن يحد قاذفها أو نفى نسب الولد وطالبته بموجب القذف وجب اللعان) قيد القذف بالزنا لانه لو قذفها بغيره لا يجب اللعان لانه قائم مقام الحد فلا يجب الا بما يجب به الحد وكان الموجب الاصلى الحد لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم الآية ولما روى عن ابن مسعود أنه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة اذ دخل أنصارى فقال يارسول الله أرأيتم الرجل يجد مع زوجته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان وقال عليه الصلاة والسلام لهلال حين قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقالت الصحابة رضى الله عنهم الآن يحد هلال بن أمية فتبطل شهادته فى المسلمين فثبت بهذا أن موجبه كان الحد ثم انتسخ فى حق الزوجات باللعان واستقر عليه وعند الشافعى موجبه الحد ولكن يتمكن من اسقاطه باللعان وقوله وصلحا شاهدين أى الزوجان لان الركن فيه الشهادة لما مر والشرط أن يكون أهلا للاداء وقال فى الغاية يبطل هذا بلعان الاعمى فانه ليس من أهل الاداء وهذا غلط لان الاعمى من أهل الشهادة الا أن شهادته لا تقبل لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه ولهذا ينعقد النكاح بحضوره ذكره فى شرح الطحاوى وشرح الجامع الصغير لقاضيخان وتشترط صلاحيتهما للشهادة على المسلم حتى لا يجرى اللعان بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم وان صلح شاهدا على مثله على ما يأتى بيانه من قريب وقوله والمرأة ممن يحد قاذفها لان اللعان قائم مقام حد القذف فى حقه فلا بد من احصانها وذكر فى النهاية فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وان كان هذا أيضا فى حق الرجل كذلك حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه وهى محصنة لا يجرى اللعان بينهما الا أنه اذا كان منها لا يجب شئ وان كان منه يجب عليه الاصل وهو حد القذف فلا يخلو عن موجب ما اذا كان منه إما الاصل أو الخلف فكان فائدة تخصيص المرأة عدم وجوب شئ ما وهذا الذى ذكره خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة عندنا على ما تقدم وكونه ممن لا يحد قاذفه لا يخل بهذا الشرط لان من لا يحد قاذفه وهو الزانى أهل الشهادة وانما زناه فسق منه والفاسق أهل لها ولهذا يجرى اللعان بين فاسقين وانما يشترط ذلك فى حقها للتثبت عنها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن فعل الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقامه وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن عفيفة ليس لها أن تطالب به لفوات شرطه فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلأى معنى يمتنع وقوله أو نفى نسب الولد وقال القدورى أو نفى نسب ولدها وهو المراد بالاول وفى الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه وهذا التقييد لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من

(قوله وقال فى الغاية يبطل هذا الخ) مدعى صاحب الغاية أنه ليس من أهل أداء الشهادة ومدعى الشارح أنه من أهل الشهادة فلم يتواردا على محل واحد والانسب أن يقال لان الاعمى من أهل أداء الشهادة ولهذا لو قضى القاضى بشهادته جاز كما نص عليه فى الكفاية وغيرها اه وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة أن الاعمى لا يلاعن اه فتح (قوله وانما يشترط ذلك) أى كونها ممن يحد قاذفها اه من خط الشارح

غيره عن أبيه المعروف يكون قذفا لها أيضا كما لو نفاه عنه أجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا ولا يعتبر احتمال كونه من غيره شبهة كما لو نفاه أجنبي لان الاصل في النسب الصحيح والنكاح الفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح يكون قذفا حتى يظهر الملحق به وفي المحيط اذا نفى الولد بان قال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز أن يكون الولد من غيره بوطء عن شبهة لا عن زنا بأن زوجت نفسها من غيره وفي النهاية جعل هذا قول الشافعي ثم قال وأجمعوا أنه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدتيه من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل إنه من الزنا والقياس ما قاله الا أنا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه اما لانه لم يقربها أو عزل عنها عزلا بينا ولا يدري من أين هو وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وهذا يخالف ما ذكره هنا وما ذكره في الهداية وغيره في هذا الموضع وفي كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد ولم يشترط أن يصرح بالزنا مع نفي الولد حتى يكون قذفا فكيف يصح ما قاله ومن أين هذا الاجماع وكيف يصح قول صاحب المحيط إن اللعان لا يجب بنفي الولد وهو مخالف لعامة الكتب وقوله وطالبته بموجب القذف يعني الحد لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر حقوقها الا أن يكون القذف بنفي الولد فان له أن يطلب لاحتياجه الى نفي نسب من ليس منه قال رحمه الله (فان أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد) لانه امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه لقوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أي فالواجب شهادة أحدهم أو نقول انه خبر أريد به الامر وهو أقوى وجوه الامر أو لان المصدر المقرون بالفاء في موضع الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى فتحرير رقبة أو لانه بدل عن الحد فيجب كوجوبه فاذا كان واجبا يحبس عليه حتى يأتي به أو يكذب نفسه فيرتفع سبب اللعان وهو التكاذب قال رحمه الله (فان لاعن وجب عليها اللعان) لما بينا في حق الزوج الا أنه يبدأ بالزوج لانه المدعي فيطلب منه الحجة أولا قال رحمه الله (فان أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه) لانه حق مستحق عليها وهي تقدر على ايفائه فتحبس حتى توفي أو تصدقه فيرتفع السبب وفي بعض نسخ مختصر القدوري أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان فلم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وقال الشافعي اذا امتنع الزوج من اللعان يحد لانه وجب عليه الحد بالقذف لقوله تعالى فاجلدوهم الا أنه يتمكن من دفعه باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفع يحد وكذا المرأة اذا أبت تحد حد الزنا لان الزوج أوجب عليها الحد بلعانه ولكن تتمكن من دفعه باللعان لقوله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أي يدفع عنها الحد شهادتها قلنا قذف الرجل امرأته لا يوجب الحد عند اجتماع شرائط اللعان وما تلا منسوخ في حق الزوجين بآية اللعان ولو كان موجبا لما سقط بشهادته أو يمينه لان الحقوق لا تسقط به وكذا لا يجب على المرأة الحد بشهادته أو بيمينه فكيف يجب بقول الواحد الحد الذي لا يجب الا بشهادة أربعة عدول يشهدون أنهم رأوه يزني بها كالميل في المكحلة وهذا ينفيه الكتاب والسنة واجماع الامة والمراد بالعذاب فيما تلا والله أعلم الحبس أو يحتمله فلا يدل على ما قال والعجب من الشافعي أنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا أو فاسقا أو كافرا وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب فأسقطت المرأة به الحد هنا عن نفسها وكذا الزوج أسقط به الحد عن نفسه وأوجب الرجم الذي هو أغلظ الحدود به على المرأة وجعله شهادة في حقه وهذا تناقض ظاهر فان قال انما وجب عليها الحد بامتناعها من اللعان لانه نكول قلنا النكول عنده لا يوجب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم الذي هو أغلظ الحدود وأصعبه اثباتا وأكثره شروطا قال رحمه الله (فان لم يصلح شاهدا حد) يعني اذا كانت هي من أهل اللعان بان كانت صالحة للشهادة عليه وهو لا يصلح بان كان كافرا أو

(قوله وطالبته بموجب القذف الخ) قال الكمال رحمه الله قوله ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه أي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها اهـ (قوله والعجب من الشافعي الخ) قال الكمال رحمه الله وفي كافي الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم فتحد هي وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج اهـ (قوله وجعله شهادة في حقه) أي في حق ايجاب الحد عليها اهـ

﴿فروع﴾ قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد للاول ليسقط اللعان ولو طلبت اللعان أولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنيت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وقال مالك والشافعي يحد وما في خزانة الاكمل من أنه يلاعن في قوله زنيت قبل أن أتزوجك ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه ولو قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ولو أسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم أبانها سقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو كذب نفسه بعد اللعان اهـ فتح

عبدا

عبدا أو محدودا في قذف يجب عليه الحد لان اللعان تعذر بمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولا يتصور أن يكون الزوج كافرا وهي مسلمة الا اذا كانا كافرين فأسلمت ثم قذفها قبل عرض الاسلام عليه قال رحمه الله (وان صلح وهي ممن لا يحد قاذفها فلا حد ولا لعان) يعني اذا كان الزوج صالحا للشهادة وهي زانية لانه صادق في القذف فلا يوجب قذفها الحد كما اذا قذفها أجنبي ولا يوجب اللعان أيضا لانه خلف عنه وكذا اذا كانت مجنونة أو صغيرة لان قذفها لا يوجب الحد وكذا اذا كانت محدودة في قذف لانها ليست من أهل الشهادة فكان الامتناع لمعنى فيها فلا يوجب الحد ولو كانا محدودين في قذف حد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من أهله وكذا اذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة أو الكافرة لا يوجب الحد وقذف المحدودة يوجب الحد اذا كانت عفيفة عن فعل الزنا حتى لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الامة أو الكافرة لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين وقال الشافعي رحمه الله يلاعن في الكل الا اذا كان أحدهما صغيرا أو مجنونا أو كلاهما لان اللعان أيمان عنده وكل من كان أهلا لليمين يكون أهلا له والحجة عليه ما تلونا وما بينا من المعنى وقوله عليه الصلاة والسلام أربع من النساء ليس بينهن وبين أزواجهن لعان اليهودية والنصرانية تحت المسلم والحرة تحت المملوك والمملوكة تحت الحر رواه أبو بكر الرازي والدارقطني وفيه ليس بين المملوكين والكافرين لعان ذكره أبو عمر بن عبد البر وضعفه ورواه الدارقطني من طرق ثلاث وضعفه والضعيف اذا روي من طرق يحتج به لما عرف في موضعه ثم الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهي أمة أو كافرة ثم أسلمت أو عتقت لا يجب الحد ولا اللعان قال رحمه الله (وصفته ما نطق به النص) أي صفة اللعان ما ذكر في كتاب الله تعالى وهو أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في كل مرة ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا لما تلونا وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه يأتي بلفظ المواجهة فيقول فيما رميتك به من الزنا وتقول هي انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لانه يقطع الاحتمال ووجه الظاهر ان لفظ المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال وانما خصت المرأة بالغضب لان النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب قال رحمه الله (فان التعنا بانت بتفريق الحاكم) ولا تبين قبله حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما انسانا فحد للقذف أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما وان زال الاحصان لانه يرجى عوده فيعود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح وقال زفر تقع الفرقة بلعانهما لقوله عليه الصلاة

(قوله صفة اللعان الخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يفيد لعانها فيعيده بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية وفي البدائع أنه يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح الا بعد وجود شهادته ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم تعده حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم أن اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ومقتضاه لزوم الاعادة كقول الشافعي لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب اعادته وبه قال مالك وهو الوجه لان النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة للحد عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب ولان الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه أعقب جملة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة اهـ فتح (قوله يشير اليها في كل مرة) أي يشير الى المرأة في قوله رميتها اهـ (قوله لانه يقطع الاحتمال) أي احتمال أن يضمر مرجعا للضمير الغائب هو غيرها بخلاف الخطاب قاله الكمال رحمه الله (قوله انقطع الاحتمال) يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لأن المراد أن انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها اهـ فتح (قوله في المتن فان التعنا بانت بتفريق الحاكم) قال الكمال رحمه الله وقال أبو يوسف اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا فيثبت بينهما حرمة

مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة واذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا ويلزم على قول أبي يوسف أن لا يتوقف على تفريق القاضي لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت فاذا فرض أن هذه الحرمة من حين ثبتت ثبتت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي اهـ (قوله ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة) أي بما لا يرجى زواله اهـ فتح (قوله ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها الخ) غير أن وطأها محرم عليه لما سيعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثا أخطأ ونفذ تفريقه عندنا وعند زفر وبقية الائمة لا ينفذ اهـ فتح

والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وقال الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج ويتعلق بلعانه عنده أربعة أشياء قطع النسب وسقوط الحد عنه ووجوب الحد عليها وثبوت الفرقة بينهما له في الفرقة أن الزوج لما شهد عليها بالزنا أربع مرات وأكد ذلك باللعان فالظاهر أنهما لا يأتلفان فلم يكن في بقاء النكاح فائدة فينفسخ كما ينفسخ بالارتداد ولنا حديث ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام لاعن بين رجل وامرأته ففرق بينهما وألحق الولد بأمه رواه مسلم والبخاري رضي الله عنهما وحديث عويمر بن الحرث العجلاني أنه لاعن امرأته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من لعانهما قال كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين رواه البخاري ومسلم وغيرهما ولو كانت الفرقة تقع بلعانهما أو بلعانه لانكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا الباب أحاديث كثيرة صحاح كلها تثبت التفريق منه عليه الصلاة والسلام ولأنه لما ثبت حرمة الاستمتاع بينهما صار واه زفرقات الامساك بالمعروف وعنده لا تقع الفرقة بل يجب عليه أن يسرح فان فعل والا ناب القاضي منابه كما في الاباء والجب والعنة ولهذا قال عمر رضي الله عنه المتلاعنان يفرق بينهما وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج ليس له فيه سلف وقال الطحاوي قول الشافعي خلاف القرآن والحديث وينبغي على قوله أن لا تلاعن المرأة أصلا لانها ليست زوجة له عند لعانها ولان اللعان تحالف عنده فوجب أن لا ينفسخ النكاح الا بالقضاء كما في التحالف في البيع وزعمت الشافعية أن التفريق المذكور في الحديث اعلامهما بوقوع الفرقة بينهما وهو غلط وتحريف محض لان التفريق ايقاع الفرقة ولو كان كما قالوا لقال أعلمهما بوقوع الفرقة ويرده ما رواه أبو داود فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن العجب أنهم تعلقوا بحديث العجلاني المتقدم لاباحة ارسال الثلاث جملة حيث لم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ينكرون وقوع الطلاق عليها هنا ويلزمهم أيضا أنه عليه الصلاة والسلام لم ينكر عليه قوله كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها ولولا أن النكاح قائم لانكر عليه ولا يقال انه أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها لان ذلك ينصرف الى طلب المهر لانه روي أنه عليه الصلاة والسلام قال له حين طلب رد المهر ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فأبعد اذهب فلا سبيل لك عليها أو يكون معناه لا سبيل لك على امساكها ثم قال بعض مشايخنا لا يستقيم هذا القول على قول أبي يوسف لانه يقول الثابت باللعان تحريم مؤبد كحرمة الرضاع والمصاهرة وهي لا تتوقف على القضاء وعلى قولهما يستقيم لان الفرقة باللعان عندهما تطليقة بائنة لانها لدفع الظلم عنها فانتسب فعل القاضي اليه فكان طلاقا كالفرقة بسبب الجب أو العنة ونحوه قال شيخ الاسلام وهو مستقيم على قول أبي يوسف أيضا لان المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه عليه الامر أو لم يشتبه نص عليه محمد في نكاح الاصل قال رحمه الله (وان قذف بولد نفى نسبه وألحقه بأمه) وشرطه أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علقت وهي أمة أو كافرة ثم أعتقت أو أسلمت لا ينفي ولا يلاعن لان نسبه كان ثابتا على وجه لا

(قوله وقال الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج) أي قبل لعان المرأة لان الفرقة بيد الزوج فيكون لعانه هو المعتبر في الفرقة وانما لعان المرأة لدرء الحد عنها اه اتقاني (قوله الثابت باللعان تحريم مؤبد) وهو قول زفر والحسن كذا في شرح الاقطع وقول الشافعي مثل قول أبي يوسف اه اتقاني (قوله في المتن وان قذف بولد نفى نسبه الخ) قال في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعد ما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق من الاب سوى الميراث حتى ان شهادة الابن لا تقبل وشهادته لابيه لا تقبل ودفع الزكاة اليه لا يجوز ولو كان أنثى فتزوجه أبوه أو تزوج بنته منه ان كان ابنا لا يجوز وغير ذلك من أحكام النسب اه اتقاني وقال الكمال واعلم أن ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب وألحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا تجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاته اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله ولو كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الاياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه اه ما قاله الكمال رحمه الله وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ولمن لا يولد له لانه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي وأحمد يجب اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند أبي يوسف فيهما الحد واللعان لانه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الاجنبي ثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه اه فتح (قوله ثم أعتقت أو أسلمت) أي فنفى ولدها اه (قوله لا ينفي ولا يلاعن) لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما اه فتح

لايمكن قطعه فلا يتغير بعده وصورته هذا اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من نفى الولد وكذا فى جانبها فتقول أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من نفى الولد ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر فى اللعان الامرين فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ونفى ولدها وتقول المرأة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ونفى الولد ثم ينفى القاضى نسبه ويلحقه بأمه لان المقصود بهذا اللعان نفى الولد فيوفر عليه مقصوده ويثبت نفى الولد ضمنا للقضاء بالتفريق وعن أبى يوسف أنه يقول قد فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد عنه وألزمته أمه لان كل واحد منهما ينفك عن الآخر ألا ترى أن الولد اذا مات قبل اللعان بعد القذف بالنفى أو قذفها بالزنا فقط لا ينتفى نسبه باللعان ولو نفى نسب ولد أم الولد انتفى بقوله من غير لعان وقال ابراهيم يلاعن بينهما ولا ينفى الولد لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال بعض الناس بنفس اللعان ينقطع عن الاب ويلتحق بالام ولنا ماروينا من حديث ابن عمر رواه الجماعة وفيه ففرق بينهما وألحق الولد بأمه فيكون حجة على الفريقين قال رحمه الله (فان أكذب نفسه حد) لاقراره بوجوب الحد عليه هذا اذا أكذب نفسه بعد اللعان وان أكذب قبله ينظر فان لم يطلقها قبل الاكذاب فكذلك لما ذكرنا وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لان المقصود من اللعان التفريق بينهما فلا يتأتى به بعد البينونة ولا يجب عليه الحد لان قذفه كان موجبا اللعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما اذا أكذب نفسه بعد اللعان لان وجوب اللعان تم بالقذف الاول والحد بكلمات اللعان لانه نسبها فيه الى الزنا واللعان شهادة والشهود اذا رجعوا يجب الحد عليهم لانهم نسبوه الى الزنا بشهادتهم فكذا هذا وعلى هذا لو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهى زوجة ثم أبانها ولو قال لها أنت طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد لانه قذفها بعدما بانت وصارت أجنبية فيحد قال رحمه الله (وله أن ينكحها) أى له أن يتزوج بها بعدما أكذب نفسه وحد وهذا عندهما وقال أبو يوسف ليس له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا رواه أبو داود بمعناه ومثله عن على وابن مسعود وابن عباس رواه الدارقطنى ولهما أن الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها فى حق الراجع فيرتفع اللعان ولهذا يحد ويثبت نسب الولد منه ولا يجتمع الحد واللعان فلزم من اقامة الحد انتفاء اللعان وكذا لا يبقى اللعان مع ثبوت النسب ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا أى ماداما متلاعنين كقوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا أى مادام منافقا يقال المصلى لا يتكلم أى مادام مصليا فلم يبق متلاعنا الا حقيقة لعدم الاشتغال به ولا مجازا لانه انما سمى متلاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما ولم يبق قال رحمه الله (وكذا ان قذف غيرها فحد أو زنت فحدت) يعنى حلت له لانه بعد حد القذف لم يبق أهلا للعان وكذا هى لو قذفت انسانا فحدت لانها لم تبق أهلا له بعده والمنع لاجل الاهلية حتى لا يقذفها مرة أخرى فيلتعنان فاذا بطلت الاهلية أمن من ذلك فيجتمعان وهذا لان اللعان لم يشرع فى العمر بين الزوجين الا مرة فلو أبيح له التزوج بها والاهلية باقية لأدى الى وقوعه مرارا واذا بطلت لم يؤد فجاز وكذا زناها يسقط احصانها فيبطل به أهليتها وقوله فحدت وقع اتفاقا لان زناها من غير حد يسقط

(قوله فيوفر عليه مقصوده) يعنى أن غرض الزوج من لعانه بسبب نفى الولد هو نفى الولد فيكمل عليه غرضه من نفى الولد فلا جرم ينفى القاضى نسب ولده منه لكن يتضمنه القضاء بالتفريق أى يحصل نفى الولد فى ضمن القضاء بالتفريق يعنى اذا قال فرقت بينهما كفى اه اتقانى (قوله لان كل واحد منهما) أى من القضاء بالتفريق باللعان ونفى الولد اه (قوله ينفك عن الآخر) أى فلا بد من ذكره اه هداية حتى لو لم يقله لا ينتفى النسب عنه قال شمس الائمة هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت (١٩) نسبه ويحد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وترثه الاب لاحتياج الحى الى النسب اه (قوله وقال أبو يوسف ليس له ذلك) قال فى التهذيب وعند أبى يوسف وزفر رحمهما الله لا يجوز وهذه فرقة مؤبدة (قوله لعدم الاشتغال به) أى لان ذلك لا يكون الا حال تشاغلهما باللعان ولم يبق التشاغل اه اتقانى رحمه الله (قوله لانه انما سمى متلاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما ولم يبق) أى لانه اذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان والا صار جمعا بين الاصل والخلف (قوله فى المتن أو زنت فحدت) قال الكمال قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن تزنى تخرج عن الاهلية واذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف ووجه تخفيفها بان يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال أهلية الشاهد بطرو الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضى عنها فى حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع فى حال الاهلية ليبطل أثره من الحرمة (قوله والمنع) أى من التزوج بها بعد اللعان اه (قوله فيبطل به أهليتها) قلت وبالله التوفيق والحاصل أن الزوج لا يحل له أن يتزوج بالملاعنة بعد التفريق الا اذا لم يبق أهلا للعان بان أكذب نفسه فحد أو قذف غيرها فحد لانه بعد حد القذف لم يبق أهلا للعان أو هى لم تبق أهلا للعان بان زنت مثلا قال فى التهذيب ثم بعد اللعان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضى بينهما ثم لا يجوز النكاح بينهما الا ان أكذب

بها احصانها فلا حاجة الى ذكره بخلاف القذف فانه لا يسقط به الاحصان حتى يحد فلا بد من وجود الحد فيه ولا يتصور أن يتزوجها أيضا بعد ما زنت وحدت لان حدها الرجم لكونهما محصنة لان اللعان لا يجري الا بين محصنين الا اذا لاعنها قبل الدخول بها أو كانت كافرة أو أمة أو صغيرة أو مجنونة فزال ذلك وصارت محصنة ولم يقربها بعد ما صارت محصنة حتى قذفها فانه يلاعن بينهما ولا ترجم اذا زنت لعدم شرطه وهو الدخول عليها وهما على صفة الاحصان وكان الفقيه المكي رحمه الله يقول أو زنت بتشديد النون أي نسبت غيرها الى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا على ما بينا فزال الاشكال قال رحمه الله (ولا لعان بقذف الاخرس) وقال الشافعي يجب اللعان به لان اشارته كالصريح ولنا أنه قائم مقام حد القذف في حقه وقذفه لا يعرى عن شبهة والحدود تدرأ بها ولانه لا بد من أن يأتي بلفظ الشهادة في اللعان حتى لو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز واشارته لا تكون شهادة وكذلك اذا كانت هي خرساء لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة قال رحمه الله (ولا ينفى الحمل) لانه لا يتيقن بقيامه عند القذف لاحتمال انه انتفاخ وهذا عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد يلاعن بينهما وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة أشهر لانا تيقنا بقيام الحمل عند القذف فيتحقق القذف وصار كنفيه بعد الولادة وكونه حملا لا ينافيه كما لا ينافي ثبوت حقه من عتق ونسب ووصية وارث وقال الشافعي يلاعن بينهما في الحال قبل أن تضع لحديث هلال بن أمية أنه عليه الصلاة والسلام لاعن بينه وبين امرأته وكان قد قذفها وهي حامل بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أبصروها فان جاءت به أصيهب أريصح أثيبج حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو لشريك بن سحماء ولان الاحكام تتعلق به شرعا على ما ذكرناه ويعرف وجوده بالظهور ولهذا ترد المبيعة بعيب الحبل قلنا لا يتيقن بوجود الحمل فلا يكون قذفا بيقين فصار كالمعلق بالشرط فكأنه قال ان كان بك حبل فهو من الزنا فلا يكون به قاذفا كما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فأنت زانية وهذا لانه ان لم تكن زانية قبل الشرط لا تكون زانية به ولا يقال انه ليس بمعلق بل هو موقوف حتى اذا ولدت تبين أنه كان قذفا من ذلك الوقت لما عرف أن التعليق بالشيء الكائن تنجيز لانا نقول كل موقوف فيه شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه إلا بعاقبته وهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقته في الحدود ولعان هلال كان بقذفها بالزنا لا بنفي الحمل لانه شهد عليها بالزنا عنده عليه الصلاة والسلام هكذا ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله فلا يلزم حجة يحققه أنه لو كان بنفي الحمل لنفاه عليه الصلاة والسلام عن أبيه أشبهه أو لم يشبهه كما لو تلاعنا بنفيه بعد الولادة فانه ينفى كيفما كان ولا ينظر الى الشبه والجواب عن الاحكام يأتي من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وتلاعنا بزنيت وهذا الحمل منه) أي بقوله زنيت وهذا الحمل من الزنا لوجود القذف منه صريحا قال رحمه الله (ولم ينف الحمل) أي لا ينفي القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه الصلاة والسلام نفى ولد هلال عنه وقد قذفها حاملا ولان الاحكام تتعلق به بدليل ما ذكرنا من الاحكام قلنا الاحكام لا تترتب على الحمل للاحتمال والارث والوصية يتوقفان على الولادة فيثبتان للولد لا للحمل وكذا العتق لانه يقبل التعليق بالشرط وانما كان له الرد بالعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة بل يثبت معها وكذا النسب يثبت مع الشبهة بخلاف اللعان لانه من الحدود فلا يثبت معها قال رحمه الله (ولو نفى الولد عند التهنئة وابتياع آلة الولادة صح وبعده لا ولاعن فيهما) أي لو نفى ولد امرأته في الحالة التي تقبل التهنئة فيها وتبتاع آلة الولادة صح وبعدها لا يصح ويلاعن فيهما أي فيما اذا صح نفيه وفيما اذا لم يصح لوجود القذف فيهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لانها اذا طالت المدة لا يصح نفيه واذا قصرت يصح لان وجود قبول التهنئة منه ودلالته تمنع صحة النفي اجماعا واذا لم يوجد يصح نفيه اتفاقا فطول المدة دليل القبول اتفاقا

يجوز أن يتزوجها اه (قوله في المتن ولا لعان بقذف الاخرس) من اضافة المصدر لفاعله اه (قوله وكذا اذا كانت هي خرساء) يعني الخرساء اذا قذفها زوجها لا يجري اللعان بينهما لما ذكره (قوله اذا وضعته لاقل من ستة أشهر) وهو قول أبي حنيفة الاول اه اتقاني (قوله وقال الشافعي) أي ومالك اه اتقاني (قوله أصيهب) الاصيهب تصغير الاصهب وهو الذي يضرب شعره الى الحمرة والاريصح تصغير الارصح وهو قليل لحم الفخذين اه (قوله جماليا) الجمالي بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل اه (قوله فكأنه قال ان كان بك حبل فهو من الزنا الخ) والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ولا حاجة الى ابقائه حكما الى وجود الشرط لعدم الحاجة الى ايجاب الحد لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها اه اتقاني (قوله في المتن وتلاعنا بزنيت الخ) وانما يثبت اللعان في هذه الصورة باتفاق أصحابنا لانه قذفها بصريح الزنا وهما من أهل اللعان اه اتقاني (قوله في المتن ولم ينف الحمل) وانما ينفي القاضي نسب الحمل عن أبيه لان قطع النسب حكم عليه ولا تترتب الاحكام على الحمل ولانه قبل الانفصال ولهذا لا يحكم له باستحقاق الوصية والميراث فجعلنا قبل الولادة اه اتقاني (قوله وبعده لا) أي بعد وجود هذه الاشياء اه عيني (قوله ودلالته تمنع) أي سكوته عن نفيه اه

جعلنا الفاصل بين الطويلة والقصيرة مدة النفاس لانها كحال الولادة من حيث إنها لا تصوم فيها ولا تصلي وله أن قبوله التهنئة أو سكوته عن النفي الى أن تمضي مدتها اقرار منه بأن الولد منه لانه اذا لم يكن منه لا يحل له السكوت عن نفيه بعد الولادة ولا معنى لتقدير تلك المدة لان الدلالة قد توجد في زمان قصير وقد لا توجد فيه وقد تختلف باختلاف الزمان والبلدان ففوضناه الى رأي من لاح له ذلك وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة رحمه الله الى ثلاثة أيام وروى الحسن عنه الى سبعة أيام لان هذه المدة مدة العقيقة وضعفه السرخسي وقال نصب المقدار بالرأي لا يكون وكان القياس أن لا يجوز نفيه الا على فور الولادة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكن استحسنه أصحابنا لانه لابد من مدة التأمل والنظر كيلا يكون نفيه بغير حق وهو حرام ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة حتى قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين وروى عن أبي يوسف أنه ان قدم قبل أن تمضي مدة الفصال فله أن ينفيه الى أربعين يوما وان قدم بعد الفصال فليس له أن ينفيه لانه لو جاز ذلك لجاز بعدما شاخ وهو قبيح قال رحمه الله (وإن نفى أول التوأمين وأقر بالثاني حد) لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني قال رحمه الله (وان عكس لاعن) أي أتى بعكس الاول بأن أقر بالولد الاول ونفى الثاني فانه يلاعن بينهما لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما لو أقر بعفتها ثم قذفها بالزنا قال رحمه الله (ويثبت نسبهما فيهما) أي يثبت نسب الولدين في المسئلتين لانهما خلقا من ماء واحد فبثبوت نسب أحدهما يلزم ثبوت نسب الآخر فلا ينفصلان فيه لانهما توأمان وهما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر ولو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان لزماه لان الميت لا يمكن نفيه لانتهائه بالموت والحي لا ينفصل عنه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان يقبل الفصل عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش ويثبت النفي تبعا له ان أمكن ولا يلاعن عند أبي يوسف لان القذف أوجب لعانا يقطع النسب فاذا فات ما هو المقصود من اللعان حال انعقاد السبب لا يثبت من بعد ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزمه الولدان لان القاطع لم يوجد في حق الثاني فثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاول لما ذكرنا واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ابناي لا حد عليه لانه صادق ولا يكون رجوعا له لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه وجد الرجوع منه صريحا ولو قال ليسا بابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى أحدهما وذلك نفي لهما فلم يكونا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا والله أعلم

﴿باب العنين وغيره﴾

قال رحمه الله (هو من لا يصل الى النساء أو يصل الى الثيب دون الابكار) أو لا يصل الى امرأة واحدة بعينها فحسب وهو من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لانه يعرض يمينا وشمالا

(قوله أن قبوله التهنئة) وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك الله مثله أو على دعاء المهنئ اهـ فتح (قوله تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين) أي بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة اهـ فتح (قوله فانه يلاعن بينهما لانه قاذف الخ) ولا يحد لانه لم يوجد اكذاب النفس اهـ اتقاني (قوله والاقرار بالعفة سابق على القذف) هذا جواب سؤال مقدر صرح بهما في شرح الاقطع فقال فان قيل فقد أكذب نفسه بالاعتراف الاول فصار كما لو أكذب نفسه بالاعتراف الثاني قيل له التكذيب قبل القذف لا يتعلق به الحد ألا ترى أنه لو قال متى قذفت هذه المرأة فانا كاذب في قذفها ثم قذفها أنه يلاعن ولا يحد كذلك هذا أو نقول كأنه أقر بعفتها أو قال هي عفيفة عن الزنا ثم قذفها بالزنا فلا يكون ذلك إكذاب النفس فكذا هنا اهـ اتقاني رحمه الله (قوله ولو نفاهما ثم مات أحدهما) أي أو قتل اهـ فتح (قوله لان القاطع لم يوجد في حق الثاني الخ) ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة اهـ فتح

﴿باب العنين وغيره﴾

وهو الخصي والمجبوب اهـ قال الاتقاني لما كان للعنين نسبة بالنكاح والفرقة جميعا ذكر أحكام العنين وما شابهه من المجبوب ونحوه بعد الفراغ عن أحكام النكاح والطلاق جميعا لكن أخره عن أبواب الطلاق لكون العنة ونحوها من العوارض اهـ وقال الكمال رحمه الله لما ذكر أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بما ممن به مرض له نسبة الى النكاح والعنين من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لان ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصد لاسترخائه وجمع العنين عن ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة ولو كان يصل الى الثيب دون البكر لضعف الآلة أو الى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو كبر فهو عنين بالنسبة الى من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به والا علم أنه عنين لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لان التأخير ليس الا ليعرف أنه عنين على ما قالوا اذ لا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المحيط آلته قصيرة لا يمكن ادخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب اهـ (١) (قوله والعنين من لا يقدر على الجماع) بكرا كانت المرأة أو ثيبا اهـ

---

(١) قول المحشي قوله والعنين من لا يقدر الخ هي نسخة وقعت له من نسخ الشارح اهـ مصححه

(قوله في المتن وجدت زوجها مجبوبا) وهو مقطوع الذكر والخصيتين اه ع (قوله اذا طلبت المرأة ذلك لانه حقها) أي لفوات منفعة الوطء اه كافي (قوله فلا بد من طلبها) كسائر حقوق العباد اه كافي (قوله ولا فرق في هذا) أي في التفريق في الحال بسبب الجب اه (قوله ويفرق بينهما بخصومة الولي الخ) قال الكمال رحمه الله ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويؤجل سنة لان المجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا ولو طلبت الفرقة فانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما او لا نصب القاضي عنه وفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق اه (قوله بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه لانه لما ثبت الخ)

ولا يقصد وعن الرجل عن امرأته اذا حكم الحاكم عليه بذلك أو منع من النساء بسحر وامرأة عنينة لا تشتهي الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول قال رحمه الله (وجدت زوجها مجبوبا فرق في الحال) يعني اذا طلبت المرأة ذلك لانه حقها فلا بد من طلبها ولا فائدة في التأجيل بخلاف العنين على ما يجيء من قريب وقوله وجدت زوجها مجبوبا اشعار بأنه لو جب بعد ما وصل اليها لا خيار لها كما اذا صار عنينا بعد ما لما عرف في موضعه ولا فرق في هذا بين أن يكون الزوج مريضا أو صغيرا لما ذكرنا بخلاف العنين حيث ينتظر بلوغه أو برؤه لاحتمال الزوال كما اذا كانت المرأة صغيرة وهو مجبوب أو عنين حيث ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى به بخلاف ما اذا ثبت له حق الشفعة أو القصاص أو ورثهما او اطلع الولي على عيب فيه حيث يثبت له في الصغر هذه الحقوق والفرق أن التفريق هنا لفوات حقها في قضاء الشهوة وذلك بمعزل منه في الصغر بخلاف الفصول الاخر فان الحق فيها ثابت في الحال ويتضرر الصغير بتأخير حقه ولو كان هو أو هي مجنونا لا يؤخر في الجب والعنة لعدم الفائدة ويفرق بينهما بخصومة الولي ان كان له ولي والا نصب القاضي من يخاصم عنه ويؤهل للطلاق هنا كما يؤهل له في الاباء بعد العرض على أبويه وكما في اللعان ان جن قبل التفريق ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضي بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه لانه لما ثبت نسبه لم يبق عنينا ذكره في الغاية وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل ألا ترى أنها لو أقرت بعد التفريق أنه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق قال رحمه الله (وأجل سنة لو عنينا أو خصيا فان وطئ والا بانت بالتفريق ان طلبت) وقال أهل الظاهر لا يؤجل ولا يفرق لحديث امرأة عبد الرحمن فانه عليه الصلاة والسلام لم يؤجله حين شكت اليه عدم تحرك آلته ولنا اجماع الصحابة على تأجيله ولان الواجب عليه الامساك بالمعروف وذلك بحسن الموافقة والمعاشرة ولا يتحقق ذلك بغير قضاء الشهوة فيكون امساكها بعد ذلك ظلما فيجب التسريح بالاحسان دفعا للظلم عنها لكن ظلمها لا يتحقق في الحال لان حقها في الوطء مرة في الجملة لا في كل زمان وعجزه في الحال لا يدل على عجزه في المآل لانه قد يكون لمرض به وهو لا يوجب الخيار وقد يكون لخلقة وهو يوجب الخيار وانما يتبين ذلك بالتأجيل سنة لان المرض غالبا يزول فيها لانه قد يكون لغلبة البرودة أو الحرارة أو اليبوسة أو الرطوبة وفصول السنة مشتملة عليها فالربيع حار رطب والصيف حار يابس والخريف بارد يابس طبع الموت وهو أردأ الفصول والشتاء بارد رطب فان كان مرضه من برودة يعمل الحر بمقابلة وان كان من حر ففصل البرد يقابله وان كان من يبوسة فالرطوبة تقابله وان كان من رطوبة فاليبوسة تقابله وان كان من كل نوعين فيقابله ما يخالفه من النوعين الآخرين فهو كالمداواة له والعلاج له

قال العلامة المحقق كمال الدين في شرحه الهداية لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو أن التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان بثبوت النسب منه يثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به متناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة اه قال الشيخ قاسم رحمه الله فيما ذكر عن الغاية نظر لان التفريق لا يبطل بمجرد ثبوت النسب وانما يبطل بابطال القاضي اذا قال الزوج كنت وصلت اليها وما استظهر به شارح الكنز فيه نظر أيضا لانه لا يوازن شهادة ثبوت النسب على الدخول كما لا يخفى وانما يوازنه ما قال في البدائع فان فرق بالعنة فأقام الزوج البينة على اقرارها قبل الفرقة أنه قد وصل اليها بطلت الفرقة لان الشهادة على اقرارها بمنزلة اقرارها عند القاضي ولو كانت أقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة فكذا اذا شهد على اقرارها بخلاف ما لو شهد على اقرارها بأنها أقرت بعد الفرقة انه كان وصل اليها قبل الفرقة لم تبطل الفرقة لان اقرارها يتضمن إبطال قضاء القاضي فلا يصدق على القاضي في ابطال قضائه ولا يقبل اه كلام الشيخ قاسم رحمه الله (قوله في المتن وأجل سنة) أي من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعدما أجله بنى المتولي على التأجيل الاول اه فتح (قوله والابانت بالتفريق ان طلبت) قال في الهداية ولا بد من طلبها قال الكمال هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فلا حق لها في الفرقة وان كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف لها وعند أبي حنيفة لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل وقيل محمد مع أبي يوسف اه

فيرافق

فيوافق طبعه فيزول ما به من المرض باعتدال الطبع فاذا مضت السنة ولم يزل فالظاهر أنه خلقة وأن حقها قد فات به فيفرق بطلبها ولاحجة لهم فى حديث امرأة عبد الرحمن بن الزبير لان الاجل انما يضرب اذا اعترف الزوج بأنه لم يصل اليها وقد أخبر هو النبى صلى الله عليه وسلم أنه ينفضها نفض الاديم أو يعركها عرك الاديم ولانه قال ابن عبد البر قد صح أنه كان ذلك بعد طلاقها فلا يكون حجة لان كلامنا فى الزوجة ولو كانت أمة فالخيار الى المولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال زفر لها الخيار لان الخيار انما يثبت لفوات حقها فى اقتضاء الشهوة وذلك حقها على الخلوص ولهما أن المقصود من الوطء فى الاصل حصول الولد لا اقتضاء الشهوة وما ركب فيهما من الشهوة حامل لهما على تحصيل الولد والولد حق المولى ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله الاذن فى العزل الى المولى ثم إن هذا الخيار لا يجب على الفور حتى لو وجدته عنينا ولم تخاصم زمانا لم يبطل حقها وكذا لو رفعت الامر الى القاضى وأجله سنة ومضت السنة ولم تخاصم زمانا لانها لا تقدر على المخاصمة فى كل وقت ولان ذلك قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضا به ولو وصل اليها مرة ثم عجز لا خيار لها لان حقها فى وطأة واحدة لحصول المقصود بها من تأكد المهر والاحصان وما زاد عليها لا يجب عليه حكما ويجب عليه ديانة والفرقة به تطليقة بائنة وقال الشافعى هو فسخ لانه فرقة من جهتها ولنا أن هذه الفرقة من جهته لان الواجب عليه الامساك بالمعروف فاذا فات وجب التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضى منابه فكان الفعل منسوبا اليه فكان طلاقا بائنا ليتحقق دفع الظلم عنها والنكاح الصحيح النافذ اللازم لا يحتمل الفسخ ولهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم لان الملك الثابت به ضرورى فلا يظهر فى غير الاستيفاء والفسخ يغايره فلا يظهر فى حقه والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التمام فكان رفعا ولها كمال المهر وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة وقد بيناه من قبل هذا اذا أقر الزوج أنه لم يصل اليها وأما اذا أنكر فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (فلو قال وطئت وأنكرت وقلن بكر خيرت وان كانت ثيبا صدق بحلفه) يعنى اذا تمت المدة وقال وطئتها وأنكرت هى نظر اليها النساء فان قلن انها بكر خيرت وان قلن هى ثيب فالقول قوله مع يمينه سواء كانت الثيابة أصلية أو طارئة فى المدة ثم المصنف رحمه الله لم يذكر كيفية ثبوت العنة فى الابتداء ليؤجل وذكر فى الانتهاء ليفرق ولا بد من ذكره فيهما وتمام تفريعاته فنقول اذا ادعت المرأة أنه لم يصل اليها فان صدقها يؤجل سنة مطلقا سواء كانت بكرا أو ثيبا وان أنكر فان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن انها بكر يؤجل سنة ثم ان تمت السنة فان ادعت عدم الوصول فان صدقها خيرت لثبوت حقها بالتصادق وان أنكر نظر اليها النساء فان قلن انها بكر خيرت وان قلن انها ثيب فالقول قوله مع يمينه لان الثيابة تثبت بقولهن وليس من ضرورة ثبوت الثيابة

(قوله فاذا مضت السنة ولم يزل الخ) قال فى الهداية فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف أن ذلك آفة أصلية قال الكمال وفيه نظر فان ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك آفة أصلية فى الخلقة اذ المرض يمتد السنة وأيضا مما له حكم العنين المسحور ومقتضى السحر ما قد يمتد السنين ومضى السنة يفرق بينهما اذا طلبت مع العلم بعدم الآفة الاصلية بفرض العلم بانه يصل الى غيرها من النساء فالحق أن التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو الاصلية ومضى السنة مع عدم الوصول موجب لذلك وهو عدم ايفاء حقها فقط باى طريق كان والسنة جعلت غاية فى الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة أجلنى يوما لا يجيبه (٢٣) الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة عند الناس غاية فى ابلاء العذر اه (فرع) قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له أن يتزوج امرأة فان لم يصل اليها أجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول يتحقق وان كان يبول من مبال النساء فهى امرأة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بعد ذلك فلا خيار للزوج لان الطلاق فى يده وهو نظير الرتقاء وقال شمس الائمة البيهقى فى الشامل زوج خنثى من خنثى وهما مشكلان على ان أحدهما رجل والآخر امرأة وجب الوقف فى النكاح حتى يتبين فان ماتا قبل التبين لم يتوارثا وفيه أيضا مات وأقام رجل بينة أنه كانت امرأته وكانت تبول من مبال النساء وامرأة أنه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا إذا ذكرتا احدى البينتين وقتا أقدم فيقضى له اه اتقانى (قوله والفرقة به تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثورى وغيرهما اه فتح (قوله والنكاح الصحيح النافذ اللازم لا يحتمل الفسخ) لان النكاح المطلق يخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام اه (قوله لان الملك الثابت به ضرورى فلا يظهر) أى فى حق النقل الى الغير ولا فى حق الانتقال الى الورثة اه (قوله وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة) أى لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز أن تمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدور الحكم على سلامة الآلة اه فتح (قوله هذا اذا أقر الزوج أنه لم يصل اليها) أى فى هذا النكاح وان تصادقا أنه وصل اليها فى نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطئها فى نكاح ثم ابانها ثم تزوجها ولم يصل اليها لها المطالبة بالفرقة اه كمال رحمه الله (قوله فان كانت بكرا نظر اليها النساء) وتجزئ الواحدة العدلة والثنتان والثلاث أفضل اه اتقانى

الوصول اليها الاحتمال ثبوتها بشئ آخر فيحلف بخلاف البكارة لان ثبوتها ينفي الوصول اليها ضرورة فتخير بقولهن ثم ان حلف فهى امرأته وان نكل خيرت لان دعواها تأيدت بالنكول وان كانت ثيبا فى الاصل فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق الفرقة عليه والاصل هو السلامة فى الجبلة ثم ان حلف فلا حق لها وان نكل يؤجل سنة فاذا تمت السنة فان ادعت عدم الوصول اليها فان صدقها خيرت لثبوت حقها بالتصادق وان أنكر فالقول قوله مع يمينه لما ذكرنا ثم ان حلف فهى امرأته وان نكل خيرت لما ذكرنا حاصله أنها ان كانت ثيبا فالقول قوله ابتداء وانتهاء مع يمينه فان نكل فى الابتداء يؤجل سنة وان نكل فى الانتهاء تخير وان كانت بكرا ثبتت العنة فيهما بقولهن فيؤجل أو يفرق قال رحمه الله (وان اختارته بطل حقها) لان المخير بين شيئين لا يكون له الا أحدهما وكذا اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى قبل أن تختار شيأ لان هذا بمنزلة تخيير الزوج فلا يتوقف على ماوراء المجلس بل يبطل بالقيام ثم ان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج أن يطلقها طلقة بائنة فان أبى فرق بينهما هكذا ذكره محمد فى الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتق ولو فرق بينهما ثم تزوجها ثانيا لم يكن لها خيار لرضاها بحاله وان تزوج امرأة أخرى وهى عالمة بحاله ذكر فى الاصل أنها لا خيار لها لعلمها بالعيب وذكر الخصاف ان لها الخيار لان العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن وطء غيرها والفتوى على الاول وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية فى ظاهر الرواية واختاره صاحب الهداية وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن السنة الشمسية هى المعتبرة احتياطا لاحتمال أن طبعه يوافق الزيادة التى فيها وهو اختيار السرخسى والسنة القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب كذا فى المغرب وذكر الحلوانى أن القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم وفى المحيط يريد بالشمسية أن تعتبر بالايام لا بالاهلة فتزيد على القمرية أحد عشر يوما لان حساب العجم بالايام

(قوله لانه ينكر استحقاق الفرقة عليه) أى وان كان مدعيا للدخول صورة اه اتقانى (قوله أو أقامها أعوان القاضى قبل أن تختار شيأ) أى أو قام القاضى قبل أن تختار شيأ بطل خيارها اه اتقانى (قوله ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتق) قال صاحب المختلف فان اختارت نفسها بانت منه فى ظاهر الرواية ثم قال روى الحسن عن أبى حنيفة أنها اذا اختارت نفسها فرق القاضى بينهما ولا تقع الفرقة من غير تفريق كما فى خيار المدركة كذا ذكر الامام الاسبيجابى أيضا فى شرح الطحاوى وقال محمد فى الاصل بعد تأجيل السنة فان قلن هى بكر لم يصدق الزوج وخيرا السلطان المرأة ان شاءت أقامت معه وان شاءت اختارت فرقته فان فارقته كانت تطليقة بائنة وكذا قال الحاكم أيضا وقد مر ذلك وهذا يدل على أنها ان اختارت الفرقة وقع الطلاق وان لم يفرق الحاكم وقال الطحاوى فى مختصره وان اختارت فراقه فرق بينهما وهذا يدل على شرط تفريق الحاكم وكذلك عامة أصحابنا ذكروا فى كتبهم كمبسوط شمس الائمة السرخسى ومبسوط صدر الاسلام البزدوى والشامل وشروح الجامع الصغير للامام فخر الاسلام البزدوى والصدر الشهيد والامام العتابى والتحفة وغيرها وشرطوا تفريق الحاكم وقال شمس الائمة السرخسى وعن أبى يوسف ومحمد فى غير رواية الاصول أنها كما اختارت نفسها وقعت الفرقة بينهما اعتبارا بالمخيرة بتخيير الزوج أو بتخيير الزوج كالمعتقة وقال الخصاف فى أدب القاضى وان كان القاضى لما خيرها وهى بكر اختارت الفرقة فانها لا تكون فرقة حتى يفرق القاضى بينهما الى هنا لفظه اه اتقانى (قوله وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية فى ظاهر الرواية) قال الولوالجى فى فتاواه العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية هو الصحيح لان المنطوق هو السنة والسنة تنصرف الى القمرية مطلقا اه اتقانى قال الكمال رحمه الله وجهه أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا أطلقوا السنة انصرف الى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية لا قيل أحد عشر يوما وعن الحلوانى الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما كذا رأيت فى نسخة ورأيت فى أخرى فيه فى الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون وربع يوم الا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر بالتقريب والذى يظهر أن هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين كتب الى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه وكذا قول الراوى عن عمر فى المرأة التى أتت اليه فأجله حولا من غير تقييد فى السنة والحول لما ترى بالاهلة هذا الذى يعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذى توارد عليه العرفان والله سبحانه أعلم اه (قوله لاحتمال أن طبعه يوافق الزيادة) قال الاتقانى وذهب شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى الى رواية الحسن أخذا بالاحتياط وكذا صاحب التحفة لانه ربما يكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية وهذا هو المختار عندى اه (قوله وهو اختيار السرخسى) أى وقاضيخان وظهير الدين اه فتح

لا بالاهلة ويحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان لان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه وعن أبي يوسف أنه ان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر لا يحتسب عليه وعوّض قدره لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر بالليل دون النهار وهو قدر نصفه فكذا النصف من كل شهر فان حج أو غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت حيث لا يحتسب عليه من المدة لان العجز جاء من قبلها فكان عذرا فان حبس الزوج وامتنعت من المجيء الى السجن لم يحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة احتسب عليه وان لم يكن له موضع خلوة لم يحتسب عليه وعلى هذا التفصيل اذا حبس على مهرها ولو ظاهر منها ثم خاصمته فان كان يقدر على العتق أجله سنة وان لم يقدر أجله سنة وشهرين وان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت اليه لانه كان متمكنا من غشيانها والامتناع بفعله فلا يعذر قال رحمه الله (ولم يخير أحدهما بعيب) أي لم يخير واحد من الزوجين بعيب في الآخر وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلاة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد وردّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبرص وقال الحقي بأهلك حين وجد بكشحها وضحا أو بياضا ولان النكاح يشبه البيع لانه عقد مبادلة والبيع يرد بالعيب فكذا النكاح وقال محمد رحمه الله ترد المرأة اذا كان بالرجل عيب فاحش بحيث لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان كالجب والعنة بخلاف ما اذا كان بها عيب لان الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ويمكنه أن يستمتع بغيرها ولنا أن المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لا تفوته بل توجب فيه خللا ففواته بالهلاك قبل التسليم لا يوجب الفسخ فاختلاله أولى أن لا يوجب وهذا لان هذه العيوب تأثيرها في تفويت تمام الرضا ولزوم النكاح لا يعتمده ألا ترى أنه يجوز مع الهزل ولهذا لو تزوج امرأة بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء بها شق مائل ولعاب سائل وهي عمياء مقطوعة اليدين والرجلين أو شلاء لا يثبت له الخيار وان فقد رضاه والقياس على البيع لا يستقيم لان تمام الرضا شرط في البيع دون النكاح ولو كان مثله لرد بجميع العيوب كالبيع ولا فائدة لتخصيص البعض وفي الجب والعنة اجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا يمكن القياس عليهما لانهما يعدمان المقصود من النكاح وهو قضاء الشهوة والتوالد والتناسل وغيرهما من العيوب لا يعدمه بل يخل به ألا ترى أن القرناء والرتقاء يمكن الوصول اليهما بالفتق والشق وما رواه الشافعي لم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب ولد اسمه زيد ولا حجة له في قوله عليه الصلاة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجماعا لانه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه والمجذوم هو الذي به الجذام وهو داء يشق الجلد ويقطع اللحم ويتساقط منه والفعل جذم على ما لم يسم فاعله بمعنى أصابه الجذام وهو مجذوم ولا يقال أجذم والبرص داء وهو بياض وقد برص الرجل فهو أبرص وأبرصه الله وجن الرجل على ما لم يسم فاعله فهو مجنون وأجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن ولا جنه الله تعالى وجاء ثلاثة من أفعل على مفعول على غير قياس دون مفعل هذا والثاني أحزنه الله تعالى فهو محزون والثالث أحبه الله تعالى فهو محبوب وجاء محب على الاصل في شعر عنترة

ولقد نزلت فلا تظني غيره * مني بمنزلة المحب المكرم

والقرن في الفرج ما يمنع سلوك الذكر فيه وهو إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم وامرأة قرناء اذا كان ذلك بها وهو العفلة بفتح العين المهملة والفاء وذكر بعضهم أن القرن عظم ناتئ محدد الرأس كقرن الغزالة يمنع الجماع والرتق التلاحم والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله ويحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها اه اتقاني (قوله لان السنة قد تخلو عنه) يعني لا يكون ذلك المرض محسوبا من مدة التأجيل قليلا كان المرض أو كثيرا بل يعوض لذلك من أيام أخر اه اتقاني وكتب على قوله عنه ما نصه أي عن المرض اه (قوله بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت الخ) قال الاتقاني وان أحرمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج مدة الخروج لانه لا يقدر على أن يحللها بخلاف ما اذا أحرم الزوج حيث يحتسب عليه لان العجز جاء من قبله (قوله وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة احتسب عليه) قال الاتقاني ولو كانت محبوسة في حق وكان يمكنه الخلوة معها تحسب عليه تلك الايام والا فلا (قوله في المتن ولم يخير أحدهما بعيب) اعلم ان أصحابنا اتفقوا على أن النكاح لا يفسخ بعيب ما في المرأة اه اتقاني (قوله والرتق) امرأة رتقاء اذا لم يكن لها خرق الا المبال اه مغرب (قوله والقرن) مثل فلس العفلة وهو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة وقد يكون عظما اه مصباح (قوله لانها تمنع الاستيفاء حسا) أي في الرتق والقرن اه (قوله أو طبعا) أي في البرص والجذام والجنون (قوله برص الرجل) من باب تعب اه مصباح

لما كانت العدة أثر الفرقة بين الزوجين ذكرها بعد ذكر أنواع الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وفرقة العنين والمجبوب لان الاثر يقفو المؤثر لامحالة قاله الاتقانى وقال الكمال لما ترتبت العدة فى الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردها عقيب وجود الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وأحكام العنين وهى فى اللغة الاحصاء عددت الشئ عدة أحصيته احصاء ويقال أيضا على المعدود اه والعدة مصدر من عد يعد قاله العينى (قوله هى تربص) أى انتظار مدة اه ع (قوله عند زوال النكاح) أى المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت اه فتح (قوله فى المتن عدة الحرة للطلاق) أى سواء كان بائنا أو رجعيا اه (قوله ثلاثة أقراء) والحكمة فى تقدير العدة بثلاثة اقراء ان الاول لتعريف براءة الرحم والثانى لحرمة النكاح والثالث لفضيلة الحرة اه مستصفى (قوله لما عرف فى موضعه) قال الكمال ثم لا يخفى ان سبب العدة مأخوذ فيه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا وانما تركه المصنف لشهرة أن الطلاق قبل الدخول لا تجب فيه العدة قال تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها اه (قوله والفرقة الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق فى حكم العدة والدليل السمعى لا يتناول الا الطلاق ألحقه بالجامع وهو أن وجوبها فى محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال فى معنى الطلاق يعنى يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح الى أن تحيض عندنا الطلاق بعد الدخول أنه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفى أن تجب لغيره أيضا وقد أفاد المصنف فيما سيأتى أنها تجب أيضا لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه فقد يجتمعان كما فى مواضع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثانى كما فى صورة الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول وما قبل الدخول لا يؤسف عليه اذ لا إلف حتى ينا ولا مودة فيه اه (قوله وعدم الكفاءة فى معنى) فى معنى خبر عن قوله والفرقة بغير طلاق اه (قوله ووجوب تعرف براءة الرحم) قال الاتقانى ويتصور الخلاف فيما اذا طلقها فى الطهر فعنده تنقضى العدة كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثة وعندنا لا تنقضى ما لم تطهر منها اه (قوله لان مفرده مؤنث) وهو الآن تأنيث العدد اه (قوله والقلت) قال فى المصباح والقلت نقرة فى الجبل يستنقع فيها ماء المطر والجمع قلات مثل سهم وسهام اه ﴿فرع﴾ تنقضى عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطئها وهى معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة وان كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها فى هذه العدة لا يقع ويحل نكاح أختها كما قال فى الخلاصة ما نصه وفى الفتاوى الصغرى رجل طلق امرأته ثلاثا ووطئها فى العدة مع علمه أنها حرام عليه انقضت عدتها وبوطئها لا تستأنف العدة قوله بالوطء أى مع الوطء المحرم يعنى ان الوطء المحرم لا يكون مانعا من تقضيها فيعتد بها معه هكذا يجب أن يفهم ولا يعمل بظاهره فليتأمل وقوله انقضت عدتها أى بتمام الاولى بقرينة قوله ولا

﴿ باب العدة ﴾

قال رحمه الله (هى تربص يلزم المرأة) أى العدة عبارة عن التربص الذى يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته هذا فى الشريعة وفى اللغة عبارة عن الاحصاء يقال عددت الشئ أى أحصيته وسبب وجوبها عندنا النكاح المتأكد بالتسليم أو ما يجرى مجراه من الخلوة أو الموت وشرطها الفرقة وركنها حرمات ثابتة بها وعند الشافعى الكف قال رحمه الله (عدة الحرة للطلاق أو الفسخ ثلاثة أقراء أى حيض) أى اذا طلقت الحرة أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق فعدتها ثلاثة قروء ان كانت من ذوات الحيض لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والمراد به اذا طلقها زوجها بعد الدخول لما عرف فى موضعه والفرقة بغير طلاق مثل خيار البلوغ والعتق وملك أحد الزوجين صاحبه والردة وعدم الكفاءة فى معنى الفرقة بالطلاق لثبوت النسب ووجوب تعرف براءة الرحم والقرء الحيض وقال مالك والشافعى الطهر وبه كان يقول أحمد بن حنبل ثم رجع لهما حديث ابن عمر وهو أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يراجعها ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء ثم قال فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء فهذا نص على أن العدة هى الطهر بيانه أن الله تعالى أمرنا أن نطلقها العدتها بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن واللام بمعنى فى والطلاق يوقع فى الطهر فكان هو العدة دون الحيض ولان القرء بمعنى الحيض يجمع على أقراء قال عليه الصلاة والسلام دعى الصلاة فى أيام أقرائك وبمعنى الطهر يجمع على قروء قال الاعشى

أفى كل عام أنت جاشم غزوة * تشد لأقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفى الحى رفعة * لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أراد به الطهر لان الحيض ضائع دائما ولا يختص بزمان الغيبة فعلم بذلك أن القرء فى الآية الطهر ولان تذكير الثلاثة باثبات التاء دليل ارادة الطهر اذ لو كان المراد الحيض لقيل ثلاث قروء بلا تاء لان مفرده مؤنث وهو الحيضة ولان القرء هو الجمع ومنه المقرأة للحوض والغدير والقلت يقال ما قرأت الناقة

حتى نافى رحمها أى ما جمعته وفى الطهر يجتمع الدم فكان أليق به ولنا قوله عليه الصلاة والسلام عدة الامة حيضتان رواه أبو داود من حديث عائشة مرفوعا والترمذى وابن ماجه والدارقطنى والامة لا تخالف الحرة فى جنس ما تقع به العدة وانما تخالفها فى العدد ولان الله تعالى نص على الثلاثة وعلى الجمع بقوله ثلاثة و بقوله قروء والثلاثة اسم لعدد معلوم لا يجوز اطلاقه على ما هو أكثر منه ولا أقل وحمله على الاطهار يؤدى الى أنه أطلق على أقل وهو طهران وبعض الثالث كما هو مذهبهم وهو خلف وكذا الجمع الكامل هو الثلاثة وهو حقيقة فيه فكان أولى ولا يقال يجوز اطلاق اسم الجمع على اثنين وبعض الثالث كقوله تعالى الحج أشهر معلومات لانا نقول ذلك فى الجمع المجرد عن العدد واما العدد والجمع المقرون به فلا ولان العدة شرعت لتعرف براءة الرحم وهو بالحيض كالاستبراء ولهذا اعتدت الآيسة بالاشهر ثم رأت الدم يجب عليها استئناف العدة وفى قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض وفى قوله واللائى لم يحضن اشارة الى أن المعتبر هو الحيض ألا ترى أنه شرط للاعتداد بالاشهر عدم الحيض كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ولان حمله عليه أحوط فكان أولى وعليه كانت الصحابة رضى الله عنهم حتى روى ذلك نصا عن الخلفاء الراشدين والعبادلة الثلاثة وأبى بن كعب ومعاذ بن جبل وأبى الدرداء وغيرهم رضى الله عنهم حتى روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال بحضرة الصحابة رضى الله عنهم لو قدرت أن أجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت ولا حجة لهم فى حديث ابن عمر ولا فى الآية التى تلوها لان معناه فطلقوهن لاستقبال عدتهن كما يقال فى التاريخ دخلت المدينة لخمس بقين من الشهر والا لزم أن تكون العدة متقدمة على الطلاق حتى يقع فيها وهو خلف وحملهم اللام على الظرف غلط ظاهر مخالف لاستعمال أهل اللغة ولا نسلم ان القرء يختص بمعنى الطهر بل يجمع به القرء بمعنى الحيض أيضا قال عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت أبى حبيش فانظرى اذا أتاك قرؤك فلا تصلى فاذا مر قرؤك فتطهرى ثم صلى وقال ابن الاعرابى

ليس اذا استحضته ناهض * له قروء كقروء الحائض

ولا متمسك لهم بتذكير الثلاث لان لفظ القرء مذكر فباعتباره يذكر لان الشئ اذا كان له اسمان مذكر ومؤنث كالبر والحنطة جاز تذكيره وتأنيثه على ما عرف فى موضعه وكذا استدلالهم بأن القرء بمعنى الاجتماع لا يصح لان المجتمع هو الدم دون الطهر فكان أولى به فيصير شاهدا لنا لا لهم وحاصله أنه اسم مشترك بينهما فحمله على الحيض أولى بدليل ما ذكرنا من الترجيح والقرائن وروى الشعبى عن ثلاثة عشر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ان الرجل أحق بامرأته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ولو كان القرء هو الطهر لانقطعت بالطعن فى الحيضة الثالثة والقرء أيضا هو الانتقال لغة يقال قرأ النجم أى انتقل والحيض هو المنتقل دون الطهر قال رحمه الله (أو ثلاثة أشهر ان لم تحض) أى عدة الحرة ان لم تكن من ذوات الحيض لصغر أو كبر ثلاثة أشهر أما التى لا تحيض لكبر فلقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر أى ان أشكل عليكم حكمهن وجهلتموه أو انقطاع حيضهن وقيل لما نزل قوله تعالى ثلاثة قروء ارتابوا فيمن لا تحيض فنزل قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الآية وأما الصغيرة فلقوله تعالى واللائى لم يحضن أى فعدتهن كذلك ثلاثة أشهر فحذف المبتدأ والخبر لدلالة ما تقدم عليهما ويدخل تحت الاطلاق من بلغت بالسن ولم تحض وكذا لو رأت الدم يوما أو يومين لانه ليس بحيض وفى الجامع الصغير لقاضيخان امرأة أتى عليها ثلاثون سنة ولم تحض تعتد بالاشهر فكأنه وقع اتفاقا لا على وجه الاشتراط قال رحمه الله (وللموت أربعة أشهر وعشر) أى العدة لموت الزوج أربعة أشهر وعشر سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة قبل الدخول وبعده لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن

ولا تأنيث حقيقى اه فتح (قوله لصغر) بأن لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه وأقله تسع على المختار اه فتح (قوله أو كبر) بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها اه فتح (قوله من بلغت بالسن) بان بلغت خمس عشرة سنة على قولهما وسبع عشرة سنة على قول أبى حنيفة ومالك اه فتح (قوله ولم تحض) أى اذا طلقت تعتد بالاشهر أيضا ثم ان وقع الطلاق فى أول الشهر اعتدت بالاشهر هلالية اتفاقا وان وقع فى أثناء الشهر اعتبرت كلها بالايام فلا تنقضى الا بتسعين يوما عند أبى حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان بالاهلة اه قال فى التاتارخانية وفى الصغرى واعتبار الشهور فى العدة بالايام دون الاهلة اجماعا انما الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى الاجارة اه (قوله وفى الجامع الصغير لقاضيخان امرأة أتى عليها الخ) قال الكمال وعن الشيخ أبى بكر محمد بن الفضل أنها اذا كانت مراهقة لا تنقضى عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر قال فى التاتارخانية ما نصه الينابيع امرأة ما رأت الدم وهى بنت ثلاثين سنة مثلا رأت يوما دما لا غير ثم طلقها زوجها قال ليست هى بآيسة وقال أبو جعفر تعتد بالشهور لانها من اللائى لم يحضن وبه نأخذ وفى الخانية والتى لم تحض قط تعتد بالاشهر اه

(قوله وتسعة أيام الخ) فلو تزوجت فى اليوم العاشر جاز اه كمال (قوله فى المتن والحامل الخ) وأطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره
فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف
بالحيض فى رواية عنه وسيبين فى مسئلة الصغير وفى المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من
قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين وفى الخلاصة كل من حبلت فى عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور اه كمال (قوله سواء كانت حرة أو أمة) والمتاركة فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة اذا كانت حاملا كذلك اه فتح (قوله منسوخا بها أو مخصوصا) انما ترددلانه إن كان منفصلا يكون نسخا وان كان متصلا يكون تخصيصا اه من خط الشارح (قوله باهلته) المباهلة الملاعنة اه (قوله القصرى) أى سورة الطلاق اه (قوله بعد الاربعة أشهر وعشر) أى التى فى سورة البقرة اه (قوله وعن الزبير بن العوام) قال ابن اسحق فى المغازى حدثنى الزهرى عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم قال هاجرت أم كلثوم بنت عقبة عام الحديبية فجاء أخواها عمارة وفلان ابنا عقبة يطلبانها فأبى النبى صلى الله عليه وسلم أن يردها اليهما وكانت قبل أن تهاجر بلا
زوج فلما قدمت المدينة تزوجها زيد بن حارثة ثم تزوجها الزبير بن العوام بعد قتل زيد فولدت له زينب ثم فارقها أبو
فتزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له ابراهيم وحميدا ثم مات عنها فتزوجها عمرو بن العاص فمكثت عنده شهرا وماتت روى عنها ولداها
حميد بن عبد الرحمن وابراهيم وحديثها فى الصحيحين والسنن الثلاثة اه الاصابة لابن حجر (قوله فى المتن وزوجة الفار أبعد الاجلين)
أى الابعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها اه

أربعة أشهر وعشرا ولقوله صلى الله عليه وسلم لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا متفق عليه والآية باطلاقها حجة على مالك فى الكتابية حيث أوجب الاستبراء عليها فقط ان كانت مدخولا بها ولم يوجب شيأ على غير المدخول بها وقال الاوزاعى عدة الوفاة أربعة أشهر وتسعة أيام وعشر ليال أخذا من قوله تعالى أربعة أشهر وعشرا ومن قوله عليه الصلاة والسلام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا الا ان العشر مؤنث بحذف التاء منه فيتناول الليالى ويدخل مافى خلالها من الايام ضرورة قلنا اذا تناول الليالى يدخل مابازائها من الايام كذا اللغة على ما بينافى باب الاعتكاف والتاريخ بالليالى فلهذا حذفت التاء قال رحمه الله (وللامة قرآن ونصف المقدر) أى عدة الامة حيضتان فى الطلاق بعد الدخول ان كانت ممن تحيض وان كانت ممن لاتحيض لصغر أو كبر أو كانت متوفى عنها زوجها فنصف ماقدر فيه فى حق الحرة وهو شهر ونصف فى الطلاق بعد الدخول وشهران وخمس فى الوفاة عليه اجماع الامة وقال عليه الصلاة والسلام عدة الامة حيضتان وقد تلقته الامة بالقبول فجاز تخصيص العمومات به ولان الرق أثرا فى تنصيف النعمة والعدة نعمة لاستحقاقها بوصف الآدمية ولما فيها من تعظيم أمر النكاح فوجب القول بتنصيفها الا أن الحيضة لاتتنصف لاختلافها من حيث الكثرة والقلة والوقت فلا يدرى نصفها واليه أشار عمر رضى الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا ولافرق فى ذلك بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة ومعتقة البعض عند أبى حنيفة رضى الله عنه لوجود الرق فى الكل قال رحمه الله (والحامل وضعه) أى عدة الحامل وضع الحمل سواء كانت حرة أو أمة وسواء كانت العدة عن طلاق أو وفاة أو غيره لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وهذا قول ابن مسعود وعمر رضى الله عنهما وقال على عدتها أبعد الاجلين لان النصوص متعارضة فبعضها يوجب تربص ثلاثة قروء وبعضها أربعة أشهر وعشرا وبعضها وضع الحمل فقلنا بوجوب الابعد احتياطا قلنا آية الحمل متأخرة فيكون غيرها منسوخا بها أو مخصوصا وقال ابن مسعود من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الاربعة الاشهر وعشر رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وفى صحيح البخارى عن ابن مسعود فى المتوفى عنها زوجها أنزلت سورة القصرى بعد الطولى وعن أبى بن كعب قال قلت يارسول الله وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن للمطلقة ثلاثا وللمتوفى عنها زوجها فقال هى للمطلقة وللمتوفى عنها زوجها رواه أحمد والدارقطنى وعن الزبير بن العوام أنه كان عند أم كلثوم بنت عقبة فقالت له وهى حامل طيب نفسى بتطليقة فطلقها تطليقة ثم خرج الى الصلاة فرجع وقد وضعت فقال مالها خدعتنى خدعها الله ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال سبق الكتاب أجله اخطبها الى نفسها رواه ابن ماجه وفى صحيح البخارى ومسلم عن سبيعة الاسلمية أنه عليه الصلاة والسلام أفتاها بأن قد حلت حين وضعت وأمرها بالتزوج ان بدا لها وكان قد مات عنها زوجها وقال عمر رضى الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج ولامعنى لقول من قال تنقضى عدتها بوضع الحمل ولا يجوز لها أن تتزوج حتى تطهر من نفاسها لانها اذا لم تكن تحت زوج ولا معتدة ولا حبلى بثابت النسب أو غيره فقد خلت عن الموانع الشرعية فتحل ضرورة ولكن لا يطؤها حتى تطهر وحرمة الوطء لاتمنع صحة النكاح كالحائض والصائمة والتى ظاهر منها ثم طلقها بائنا قال رحمه الله (وزوجة الفار أبعد الاجلين) أى عدة زوجة الفار أبعد الاجلين من عدة الوفاة ومن عدة الطلاق وهى التى أبانها فى المرض الذى مات فيه وقال

أبو يوسف تعتد عدة الطلاق وهو القياس لان النكاح زال به وبقاء النكاح فى حق الارث حكما احتياطا لاجماع الصحابة فلا يلزم بقاؤه حقيقة بخلاف المطلقة رجعيا لان النكاح فيما انقطع بالموت اذ هو لا يزيل النكاح ولهذا بقيت أحكام الزوجيات كلها وجه الاستحسان انها لما ورثت جعل النكاح قائما حكما الى الوفاة اذ لا ارث لها الا به فكذا فى حق العدة بل أولى لانها تجب مع الشك دون الارث فصارت كالمطلقة رجعيا ولو ارتد الرجل وقتل على ردته حتى ورثته امرأته فهو على الاختلاف وقد بينا الوجه من الجانبين وقيل يجب عليها عدة الطلاق بالاجماع لان النكاح لم يعتبر باقيا الى الموت لانه لو اعتبر لما ورثت اذ المسلم لا يرث الكافر بل الارث يستند الى ما قبل الردة قال رحمه الله (ومن عتقت فى عدة الرجعى لا البائن والموت كالحرة) أى الامة اذا اعتقت فى العدة من طلاق رجعي فعدتها كعدة الحرة الا اذا أعتقت وهي معتدة من طلاق بائن أو موت زوج لان النكاح باق من كل وجه فى الرجعي فوجب انتقال عدتها الى عدة الحرائر لكمال الملك فيها والطلاق فى الملك الكامل يوجب عدة الحرائر وفى البائن والموت زوال النكاح ولم يتكامل الملك بعد زوال النكاح والطلاق فى الملك الناقص لا يوجب عدة الحرائر فلا تنتقل عدتها وهذا بخلاف ما لو آلى منها ثم أبانها ثم أعتقها سيدها حيث تصير مدة ايلائها مدة ايلاء الحرائر ولا فرق فيه بين الطلاق الرجعي والبائن والفرق ان البينونة ليست من أحكام الايلاء فالبائن والرجعي فيه سواء بخلاف العدة فان سببها الطلاق وهي تعقبه فتعتبر فيها صفته ولان فى زيادة مدة العدة اضرار ابها وليس فى زيادة مدة الايلاء ذلك فافترقا كذا ذكره فى الغاية قال رحمه الله (ومن عاد دمها بعد الاشهر الحيض) أى وعدة من عاد دمها بعد ما اعتدت بالاشهر الحيض ومراده أن الآيسة اذا اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها ووجب عليها أن تستأنف العدة بالحيض معناه اذا رأته على العادة الجارية لان عوده يبطل الاياس لان شرط الخلفية تحقق الاياس عن الاصل وذلك بالعجز الدائم الى الموت كالفدية فى حق الشيخ الفانى وكذا اذا حبلت من زوج آخر انقضت عدتها وفسد نكاحها الا أنه تبين أنها من ذوات الاقراء اذ الآيسة لا تحيض والصغيرة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها بالاشهر لا تستأنف لانه لم يتبين أنها كانت من ذوات الاقراء بخلاف ما اذا حاضت فى أثناء العدة حيث تستأنف تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل ثم ذكر الاستئناف هنا مطلقا وذكر فى الايضاح هذا فى الرواية التى لم تقدر للاياس مقدارا أما فى الرواية التى قدر للاياس قدرا اذا بلغته ثم رأت الدم لم يكن حيضا وذكر فى الغاية معزيا الى الاسبيجابى على رواية عدم التقدير لو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا وذكر فيه أيضا على رواية التقدير للاياس ان رأت دما بعد ذلك اختلف المشايخ فيه أيضا فثبت بهذا أن ما تراه من الدم بعد سن الاياس فيه اختلاف المشايخ على الروايتين قيل يكون حيضا وتستأنف العدة ويبطل النكاح ان تزوجت وقيل لا يكون حيضا ولا تستأنف العدة ولا يبطل النكاح وقول صاحب الهداية يقتضى أنه اختار البطلان والاسبيجابى عدمه وقيل ان كان أحمر أو أسود فهو حيض وان كان أخضر أو أصفر فلا اعتبار به ثم تفسير قول من لم يقدر الاياس ظاهر وهو أن تبلغ حدا لا يحيض فيه مثلها وذلك يعرف بالاجتهاد وأما على قول من قدره فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم ستون سنة وقال الصفار سبعون سنة وقال الصدر الشهيد المختار خمس وخمسون سنة وعليه أكثر المشايخ وفى المنافع وعليه الفتوى وعن محمد أنه قدره فى الروميات بخمس وخمسين سنة وفى غيرهن بستين سنة ولو أيست المعتدة بعد ما حاضت حيضة أو حيضتين استأنفت العدة بالشهور ولا عبرة بما مضى من الحيض تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل فان قيل أنتم جوزتم ذلك فى الصلاة حيث قلتم المتوضئ اذا أحدث فى الصلاة ولم يجد ماء يتيمم ويبنى وكذلك لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء فوجب أن يجوز الجمع بينهما أيضا قلنا الصلاة بالتيمم ليست بخلف عن الصلاة بالوضوء وانما الخلفية بين التراب والماء أو بين الطهارتين بهما على اختلافهم وذلك لا يجوز فيه الجمع وكذا الايماء ليس بخلف عن الركوع والسجود لان الايماء موجود فيهما وزيادة ولكن

(قوله لان النكاح زال به) أى ولزمها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة اه هداية (قوله والطلاق فى الملك الكامل الخ) لا يخفى أن الطلاق لم يحدث فى الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق وقول صاحب الكافى والعدة فى الملك الكامل مقدرة بثلاث حيض هو الظاهر اه (قوله والطلاق فى الملك الناقص الخ) وقال الكمال وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهى أربعة صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت فى أثنائها انتقلت الى حيضتين فلو أعتقت قبل مضيها صارت ثلاث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى أربعة أشهر وعشر اه (قوله انتقض ما مضى من عدتها) أى وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة اه فتح (قوله ثم ذكر الاستئناف هنا مطلقا) أى سواء كان الاياس مقدر الوقت أم لا اه (قوله وهو أن تبلغ حدا لا يحيض فيه مثلها) ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر فى تركيب البدن والسمن والهزال اه فتح

(قوله في المتن والمنكوحة نكاحا فاسدا) أراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت ونكاح الخامسة في عدة الرابعة وأراد بالموطوءة بشبهة ما اذا زفت اليه امرأة اهـ اتقاني (قوله لا لقضاء حق النكاح) لانه لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة اهـ اتقاني (قوله أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت موته) أي في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد وان وضعت لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه أن تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشئ لان التقدير للحدوث بأكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى تأخير الحكم بالحدوث الى السنتين اهـ كمال (قوله وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبي يوسف اذ لم يحك في ظاهر الرواية خلاف ولم يذكره محمد ولا جامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانما هي رواية عنه ولهذا قال شمس الائمة وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر اهـ واذا قال أبو يوسف في المطلقة جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع أنه منفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هي رواية شاذة وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وهو رواية عن أبي حنيفة

سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه العذر وبقي البعض على حاله وبعض الشئ لا يكون خلفا عن الباقي لوجوده معه وانما تكون الخلفية بشئ آخر غيره قال رحمه الله (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة وأم الولد الحيض للموت وغيره) أي عدة هؤلاء الثلاث الحيض اذا فارقته بالموت أو غيره من تفريق القاضي أو عزم الواطئ على ترك وطئها أو عتق أم الولد ومعناه اذا لم تكن حاملا ولا آيسة لان عدتهن للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف في غير الحامل والآيسة ولا يختلف بين الموت وغيره فان قيل فعلى هذا ينبغي أن يكتفى بحيضة كالاستبراء لانه يحصل بها التعرف قلنا النكاح الفاسد ملحق بالصحيح كما في البيع حتى يفيد الملك اذا اتصل به القبض فيؤخذ له الحكم من الصحيح والوطء بشبهة هو كالفاسد حتى يجب به المهر وغيره وعدة أم الولد وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح وقال الشافعي ومالك يجب على أم الولد حيضة واحدة يروى ذلك عن عائشة وابن عمر وقال الاوزاعي عدتها في موت مولاها أربعة أشهر وعشر رواه عمرو بن العاص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه أبو داود وضعفه وإمامنا فيه عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولان هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفى فيها بحيضة كعدة النكاح بل أولى لان تلك تجب على الامة وهذه لا تجب الا على الحرة فكانت أولى بالتكميل بخلاف الاستبراء لانه لا يجب عليها وانما يجب على المولى هذا اذا لم تكن مزوجة أو معتدة فأما اذا كانت مزوجة أو معتدة فلا تجب عليها العدة بموت المولى ولا بالعتق لعدم ظهور فراش المولى معه ولو مات المولى والزوج ولا يدرى أيهما أول وبين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر لاحتمال أن المولى مات أولا ثم مات الزوج وهي حرة ولا يجب بموت المولى شئ لانه ان تقدم موته على موت الزوج فهي منكوحة وان تأخر فهي معتدة فتيقنا بعدم وجوب العدة للمولى وان كان بين موتيهما أكثر من ذلك والمسئلة بحالها تعتد بأربعة أشهر وعشر لاحتمال تأخر الزوج وتعتبر فيها ثلاث حيض لاحتمال أن المتأخر هو المولى وانه مات بعد انقضاء عدتها من الزوج بخلاف ما تقدم على ما بينا وان لم يعلم كم بينهما فكذلك عندهما للاحتمال ما ذكرنا وعند أبي حنيفة رحمه الله تعتد بأربعة أشهر وعشر لاحتمال ان الزوج هو المتأخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور سببه قال رحمه الله (وزوجة الصغير الحامل عند موته وضعه والحامل بعده الشهور) أي عدة زوجة الصغير وهي حامل عند موته وضع الحمل وان حدث الحمل بعد موته فعدتها الشهور وتفسير قيام الحمل عند موته أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت موته وقيل لاقل من سنتين ولاكثر من سنتين حادث اجماعا وكذا اذا ولدت لاكثر من ستة أشهر عند الجمهور وقال أبو يوسف عدتها الشهور في الوجهين وبه قال الشافعي ومالك لانه منتف عنه فلا عبرة به كالحمل الحادث بعد موته ولنا اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل بين أن يكون منه أو من غيره ولان هذه العدة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن براءة الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء وهذا المعنى متحقق في حق الصبي ولئن كان لبراءة الرحم فوضعه يصلح دليلا على براءته فيتعلق

ثم يجب كون الصغير غير مراهق أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه الا اذا لم يمكن بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لاقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعنده لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم ليصح كونه على هذا الخلاف لان كونه لم يصح العقد عند أبي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لانه بشبهة فيقع الخلاف في أنها بالوضع أو بالاشهر اهـ فتح (قوله ولان هذه الخ) أي عدة المتوفى عنها اهـ

ما الانقضاء كالذى ينسب الى الميت بخلاف الحادث بعد الموت لانه لم يثبت وجوده وقت الموت لا حقيقة ولا حكما فتعينت الاشهر عند الموت فلا يتغير بحدوثه بعد ذلك بخلاف امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل عند الموت لان نسبه ثابت الى حولين ومن ضرورة وجوده عند الموت فتبين أنه ليس بحادث حتى لو تيقن بحدوثه بان ولدته بعد الحولين كان الحكم كذلك وعلى هذا لو تزوج الكبير امرأة فدخل بها ثم طلقها أو مات عنها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت التزوج كان على هذا الخلاف لانه ليس بثابت النسب منه وان كان موجودا وقت زوال النكاح بالموت قال رحمه الله (والنسب منتف فيهما) أى نسب الولد لا يثبت من الصغير فى الحمل الحادث بعد الموت وفى غير الحادث لاستحالته منه لان النسب يعتمد الماء ولا ماء له ولا يمكن اثباته حكما مع تعذره حقيقة واقامة النكاح مقام الماء عند التصور فاذا تعذر فات الشرط قال رحمه الله (ولم يعتد بحيض طلقت فيه) أى لو طلقها وهى حائض لا يعتد بتلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق لان الواجب عليها ثلاث حيض أو اثنتان بالنص فلا ينقص عنها كأعداد الركعات ولان الحيضة الواحدة لا تتجزأ فما وجد قبل الطلاق لا يحتسب به من العدة لعدم السبب فكذا ما بعده لعدم التجزى ولو احتسب به لوجب تكميله من الرابعة فاذا وجب تكميله من الرابعة لوجب كلها ضرورة أنها لا تتجزأ قال رحمه الله (وتجب عدة أخرى بوطء المعتدة بشبهة وتداخلتا والمرئى منهما وتتم الثانية ان تمت الاولى) أى اذا وطئت المعتدة بشبهة يجب عليها عدة أخرى وتداخلت العدتان والدم الذى تراه محتسب به من العدتين وتتم العدة الثانية ان تمت الاولى ولم تكمل الثانية وقال الشافعى لا تتداخلان لانهما حقان لشخصين فلا يتداخلان كالمهرين ولانهما عبادتا كف فى مدة فلا يجتمع الكفان فى وقت واحد كالصومين فى يوم واحد وهذا لانها مأمورة بالتربص وهو فعل منها والفعل الواحد لا يعد بفعلين ولنا أن العدة مجرد أجل والآجال اذا اجتمعت تنقضى بمدة واحدة كرجل عليه ديون الى أجل فمضى الاجل حلت كلها والدليل على انه أجل قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن حتى يبلغ الكتاب أجله ولان المقصود فيها براءة الرحم وهى تحصل بالواحدة فصار كما اذا كانت العدتان من شخص واحد أو من أشخاص وهى حامل حيث ينقضى الكل بالوضع اجماعا ولان ركن العدة حرمة الافعال من الخروج والتزوج وغير ذلك بالنهى وهو يقتضى الحرمة ومعنى العبادة تابع فيه حتى يصح من غير قصد وتجب على الكافرة وعلى غير المكلف ويصح منهم والحرمات تجتمع فى وقت واحد كالصيد فى الحرم يحرم على المحرم بجهتين وكذا الخمر على الصائم بخلاف الصوم فان الركن فيه الفعل فلا يكون الفعل الواحد فعلين يحققه أن العدة تنقضى من غير علمها بلا كف وليس لها أن تؤخرها بعد الوجوب ولا اختيار

(قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه فى الصورة وبين محل الخلاف والحاصل أنه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجود للعدة لا بد أن تثبت العدة اذ ذاك والفرض أن لا حمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدم الاعتداد بالوضع أو الاشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض أن العدة تثبت لا تتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم أن يراد من الآية ولات الاحمال أولات الاحمال حال الفرقة اه فتح (قوله بخلاف امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت) بان جاءت به لاقل من سنتين مع حدوثه فى نفس الامر حيث تعتد لا بالاشهر مع فرض حدوثه فى نفس الامر وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل والتوافق بين الحكمى والواقع الآن يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما اه فتح (قوله فى المتن ولم يعتد) أى لم يحتسب وهو على صيغة المبنى للمفعول مسند الى الجار والمجرور ومنقوط بنقطتين تحتانيتين ويجوز أن يقال على صيغة المبنى للفاعل بنقطتين فوقانيتين على اسناد الفعل الى المرأة اه اتقانى (قوله ولو وجب) الذى موجود بخط الشارح فاذا وجب اه (قوله اذا وطئت المعتدة بشبهة) بان تزوجها رجل أو وجدها على فراشه وقال النساء انها زوجتك اه عينى (قوله وتداخلت العدتان) معنى التداخل جعل المرئى عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان(١) تمامها ويحتسب بهما عدة الثانى وللآخر أن يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لانها فى عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله أن يراجعها اذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضى عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثانى حتى تنقضى عدتها منه وكذا اذا كانت العدتان بالشهور اه كمال قال قاضيخان فى فتاواه العدتان تنقضيان بمدة واحدة عندنا كانتا من جنس واحد أو من جنسين صورة الاولى المطلقة اذا حاضت حيضة ثم تزوجت بزوج آخر ووطئها الثانى وفرق بينهما وحاضت حيضتين بعد التفريق كان لهذا الزوج أن يتزوجها لانقضاء عدة الاول وليس لغيره أن يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض من وقت التفريق لقيام عدة الثانى فى حق الغير وان كان طلاق الاول رجعيا كان للاول أن يراجعها قبل أن تحيض حيضتين بعد تفريق الثانى لانها فى عدة الاول ولا يطؤها حتى تنقضى عدة الثانى وان حاضت ثلاث حيض من وقت تفريق الثانى تنقضى العدتان جميعا وصورة الثانية المتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة تنقضى العدة الاولى باربعة أشهر وعشر وتنقضى العدة الثانية بثلاث حيض تراها فى الاشهر اه

(١) هكذا بياض بالاصل

(قوله لحصول المقصود به) فلولم ترفيها ما يجب أن تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض اه فتح (قوله وان صدقته في الاسناد) قال الولوالجي وان صدقته في الاسناد قال محمد رحمه الله تجب العدة من وقت الطلاق والمختار للمشايخ أنه تجب العدة من وقت الاقرار لانه لما طلق وكتم الطلاق وجبت العدة من وقت الاقرار زجرا له ولا تجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى لان نفقة العدة ومؤنة السكنى حقها وهي أقرت أنه لاحق لها ولها أن تأخذ منه مهرا ثانيا بالدخول لان الزوج أقر لها بذلك وهي صدقته اه قال قاضيخان في فتاواه رجل طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبته في الاسناد أو قالت لا أدرى كان عليها العدة من وقت الاقرار ولها النفقة والسكنى وان صدقته في الاسناد ذكر في الاصل أن عليها العدة من وقت الطلاق وفي الفتوى عليها العدة من وقت الاقرار ولا يظهر أثر تصديقها الا في ابطال النفقة اه قال في الهداية ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة اه قال الكمال ثم المراد من قوله ومشايخنا أي مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله عن مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب اه وقال الاتقاني قال في تتمة

الفتاوى والفتاوى الصغرى اذا أقر الرجل أنه طلق امرأته منذ كذا صدقته المرأة في الاسناد أو كذبته أو قالت لا أدرى فالعدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد هو المختار وجواب محمد في الكتاب أن في التصديق العدة من وقت الطلاق الا أن المختارين اختاروا وجوب العدة من وقت الاقرار حتى لا يحل له التزوج باختها وأربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها ولكن لا يجب لها النفقة والسكنى وعلى الزوج المهر ثانيا بالدخول لاقراره وتصديقها اياه بذلك ومعنى قوله نفيا لتهمة المواضعة أن الزوج يجوز أن يقر من زمان ماض وتصدقه المرأة في ذلك حتى يجوز للزوج أن يتزوج باختها وأربع سواها أو يجوز أن تكون المرأة مطلقة الثلاث فيصدق زوجها في اسناد الطلاق الى زمان ماض كي يجوز أن يتزوجها زوجها شيئ في الحال فلنفي المواضعة اعتبر وقوع طلاقها من وقت الاقرار لا من الزمان الذي أسند اليه الطلاق اه قال الكمال يفيد أن الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار اه (قوله وفي النكاح الفاسد الخ) راجع الى قوله في المتن في باب المهر وفي النكاح الفاسد انما يجب مهر المثل بالوطء فالخلاف المذكور هنا مع زفر مذكور هنالك ايضا فراجع كلام الشارح اه (قوله أو عقيب عزم الواطئ على ترك الوطء) وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول كقوله تركتك أو ما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها أما عدم المجيء فلا اذا الغيبة لا تكون متاركة لانه عاد بعد ولو أنكر نكاحها لا تكون متاركة اه كمال رحمه الله (قوله لانها الخ) الضمير راجع الى الوطء ولهذا لو لم يطأها لا تجب عليها العدة اه (قوله ولنا أن التمكن على وجه الشبهة الخ) قال الاتقاني رحمه الله ولنا أن السبب الموجب للعدة هو شبهة النكاح ولهذا لا تجب العدة في الزنا ورفع تلك الشبهة بالفرقة اما بتفريق القاضي بينهما أو بالمتاركة وتعتبر العدة من وقت الفرقة والدليل على اعتبار الشبهة أن الوطء ان وجد مرارا لا يجب الا مهر واحد لاستناد الكل الى شبهة واحدة وانما قلنا ان الشبهة لا ترتفع الا بالفرقة بدليل أنه اذا وطئها قبل الفرقة مرارا لا يلزمه

لها في الابتداء فكيف يمكنها أن تؤخر احدى العدتين وتشتغل بالاخرى ولو كان هذا مشروعا لامكنها في الابتداء أن تؤخرها الى وقت واحد ولا تعلق له بالامر بالتربص على أنه فعل لان معناه الانتظار وانتظار أشياء في وقت واحد ممكن وكذا الامتناع عن أشياء ممكن في زمن واحد ولان العدة أثر النكاح وحقيقة النكاح لا تنافي العدة فأثره أولى أن لا ينافيها والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض في خلالها من العدة لحصول المقصود به قال رحمه الله (ومبدأ العدة بعد الطلاق والموت) لان الله تعالى أوجبها على المطلقة والمتوفى عنها زوجها وهما بتهما فان بهما أعقبهما فيكون وقت ابتدائها ضرورة ولان السبب نكاح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه والفرقة شرط لوجوبها وقد تحقق فتجب حينئذ وجعل صاحب الهداية أن السبب هو الطلاق أو الموت وهو تجوز لكونه محملا للعلة ولو لم تعلم بالطلاق أو الموت حتى مضت مدة العدة فقد انقضت لانها أجل فلا يشترط فيه العلم لانقضائه ولو أقر أنه طلقها منذ زمان قالوا ان كذبته المرأة أو قالت لا أدرى تجب العدة من وقت الاقرار و يجب لها عليه النفقة والسكنى ولا يحل له أن يتزوج بأختها ولا أربع سواها حتى تنقضي عدتها وان صدقته في الاسناد ذكر في الاصل ان عليها العدة من وقت الطلاق واختيار مشايخ بلخ أن تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه وزجرا على كتمانه الطلاق ولا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بسقوطه وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها حتى تنقضي عدتها من وقت الاقرار وقال السغدي ما ذكره محمد من ان العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين وأما اذا كانا مجتمعين فلا يصدق فان لان الكذب في كلامهما ظاهر قال رحمه الله (وفي النكاح الفاسد بعد التفريق أو العزم على ترك وطئها) أي ابتداء العدة في النكاح الفاسد عقيب تفريق القاضي أو عقيب عزم الواطئ على ترك الوطء وذلك بأن يقول تركتك أو خليت سبيلك أو نحو ذلك لا بمجرد العزم وقال زفر رحمه الله من آخر الوطآت لانها المؤثر في وجوبها ولنا أن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام الوطء لعدم امكان الوقوف عليه فأقيم الداعي اليه مقامه ولان الحاجة ماسة الى معرفة الاحكام في حق غيرهما كنكاح أختها ولا يمكن بناء الاحكام الا على

شيء ظاهر وهو المتاركة ولان السبب الموجب للعدة شبهة النكاح و رفع هذه الشبهة بالتفريق ألا ترى أنه لو وطئها قبل المتاركة لا يحد و بعده يحد وكذا الوطآت فيه لا توجب الا مهرا واحدا فلا تكون شارعة في العدة حتى ترتفع هذه الشبهة بالتفريق كما في النكاح الصحيح ولهذا لا تعتد عقيب كل وطأة بعدها وطء ولو كان كما قاله لاعتدت وانقضت عدتها بثلاث حيض وخلا الوطآت بعدها عن شبهة قال رحمه الله (وان قالت مضت عدتي وكذبها الزوج فالقول قولها مع الحلف) لانها أمينة فيما تخبر والقول قول الامين مع اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها وقد بينا أدنى المدة التي تصدق فيها بيمينها والاختلاف الواقع فيها بين الائمة في آخر باب الرجعة فلا نعيده قال رحمه الله (ولو نكح معتدته وطلقها قبل الوطء وجب مهر تام وعدة مبتدأة) أي لو أبان امرأته بما دون الثلاث ثم تزوجها وهي في العدة وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال زفر رحمه الله لها نصف المهر أو المتعة ولا عدة عليها وقال محمد رحمه الله لها نصف المهر أو المتعة وعليها تمام العدة الاولى لزفر رحمه الله وهو القياس أن العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب العدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو طلق امرأته الامة وليس لها ولد منه طلقة ثم اشتراها ثم أعتقها تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل ذلك في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها ثم نظهر ذلك بالعتق حتى يجب عليها تمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وكذا لو اشتراها قبل أن يطلقها والمسئلة بحالها لانه بالشراء ينفسخ النكاح ولم تظهر العدة ثم بالعتق تظهر على ما بينا ولو كانت ولدت منه فكذا الحكم في الموضعين غير انه تجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتتداخل العدتان ويجب عليها الاحداد الى أن تمضي عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الطلاق أو الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي لانها عدة أم ولد ولهما أن

الحد للشبهة واذا وطئها مرة بعد الفرقة يجب الحد لعدم الشبهة والوطء الاخير لا يوقف عليه لانه يجوز أن يوجد غيره فلا يكون الذي قبله أخيرا ولئن سلمنا على وقوف المرأة التي تعتد فنقول قد تمس الحاجة الى وقوف غيرها نحو أختها و أربع سواها ولا وقوف للغير فلما كان الوطء الاخير خفيا أقيم السبب الظاهر وهو التمكن من الوطء حقيقة بشبهة النكاح مقام حقيقة الوطء ثم لما ارتفع ذلك التمكن بالفرقة وجبت العدة من ذلك الوقت اه (قوله وخلت) الذي في خط الشارح وخلا اه (قوله فالقول قولها مع الحلف الخ) فان حلفت صدقت قال فخر الاسلام يريد به في حق المراجعة يعني ان حلفت بطلت الرجعة وان نكلت لم تبطل بل بقيت كما كانت اه غاية البيان وهذا ليس باستحلاف على الرجعة بل على بقاء العدة فلا يرد نقضا على أبي حنيفة رضي الله عنه اه اتقاني قال الكمال لا بد أن يكون محل هذا اما اذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما الا انه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا اه (قوله ولو نكح معتدته الى آخر المقالة) قال في القنية طلق المدخولة ثم راجعها ثم طلقها قبل الدخول لا عدة عليها عند زفر كما في البائن اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) قال أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه وهو قول ابراهيم والشعبي وأشعث وهو رواية عن ابن حنبل سروجي (قوله وقال زفر لها نصف المهر أو المتعة ولا عدة عليها) قال السروجي رحمه الله وقول زفر ضعيف لان اسقاطها بالكلية يفضي الى اختلاط المياه واشتباه الانساب لانه اذا طلقها بائنا بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها فيتزوجها ثان قبل أن تحيض فلا يعلم فراغ الرحم اه وقال الكمال رحمه الله في فتح القدير وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو تزوجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه النسب وفساد كبير اه (قوله أو المتعة) أي ان لم يكن سمى فيه شيء اه (قوله وقال محمد) وكذا الشافعي ورواية عن ابن حنبل اه سروجي (قوله لانه قبل الدخول) أي والخلوة اه سروجي (قوله ومحمد يقول كذلك) أي ان العدة الاولى بطلت بالتزويج اه (قوله ولو كانت ولدت منه الخ) قال الاتقاني رجل اشترى امرأته وهي أمة وقد ولدت منه فسد النكاح وكانت حلالا له بالملك فلا بأس بان تتزين ولا تتقي الطيب لانها غير معتدة في حقه فان العدة أثر النكاح فكما أن الملك ينافي النكاح ينافي أثره لكنها معتدة في حق غيره حتى اذا أراد أن يزوجها من غيره ليس له ذلك حتى تحيض حيضتين فان الفرقة بعد الدخول فكانت معتدة في حق غيره ثم اذا أعتقها بعد الشراء فعليها ثلاث حيض لانها صارت أم ولد له حين اشتراها بعد ما ولدت بالنكاح وعلى أم الولد ثلاث حيض لكنها تتقي الطيب والزينة في الحيضتين الاولتين استحسانا وفي القياس ليس عليها ذلك لان الحداد لم يلزمها عند وقوع الفرقة فلا يلزمها بعد ذلك وجه الاستحسان أن العدة وجبت عليها بالفرقة لكن لم يظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالا له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت تلك العدة في حق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد فأما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها لانها لم تجب بسبيل النكاح بل بالعتق ولا حداد على أم الولد اه (قوله فكذا الحكم في الموضعين) أي فيما اذا طلقها ثم اشتراها أو اشتراها قبل ان يطلقها اه

الوطء قبض وهى مقبوضة فى يده بالوطء الاول لبقاء أثره وهو العدة فاذا عقد عليها ثانيا وهى مقبوضة فى يده ناب القبض الاول عن القبض المستحق بالثانى كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو فى يده يصير قابضا بمجرد العقد فكان طلاقا بعد الدخول ولا يقال وجب على هذا أن يملك عليها الرجعة لان الطلاق بعد الدخول يعقب الرجعة لانا نقول لا يلزم من اقامته مقام الوطء فى العقد الثانى فى حق المهر والعدة أن يقوم مقامه فى حق ملك الرجعة ألا ترى أن الخلوة أقيمت مقام الوطء فى حقهما ولم تقم فى حق ملك الرجعة وعلى هذا لو كان النكاح الاول فاسدا ثم تزوجها نكاحا صحيحا وهى فى العدة ثم طلقها قبل الدخول بها يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بأن كان الاول صحيحا والثانى فاسدا لا يجب عليه المهر ولا يجب عليها استقبال العدة و يجب عليها اتمام العدة الاولى بالاجماع والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء فى الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة فى الفاسد حتى لا يجب عليها المهر ولا عليها العدة قال رحمه الله (ولو طلق ذمى ذمية لم تعتد) وكذا اذا مات عنها زوجها الذمى وهذا اذا كانت لا تجب فى معتقدهم وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وروى عنه أنه لا يطؤها حتى يستبرئها بحيضة وعنه أنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها العدة لان العدة حق الزوج وان كان فيها حق الشرع ولهذا تجب على الصغيرة والكافرة مخاطبة بحقوق العباد ولابى حنيفة رحمه الله أن العدة لو وجبت عليها لا يخلو إما أن تجب حقا للشرع أو للزوج ولا وجه للاول لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا للثانى لان الزوج لا يعتقده وقد أمرنا بأن نتركهم وما يدينون بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده ولو كانت حاملا لا تتزوج بالاجماع حتى تضع حملها لانه ثابت النسب على ما يجىء من قريب وعلى هذا الخلاف الحربية اذا خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية وهما يقولان ان هذه فرقة وقعت بعد الدخول فى دار الاسلام بسبب التباين فتجب عليها العدة كما لو وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطاوعة ابن الزوج بخلاف ما اذا هاجر هو وتركها فى دار الحرب حيث لا تجب عليها العدة اجماعا لعدم التبليغ حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها عقيب دخوله دار الاسلام وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن مطلقا من غير قيد ولان العدة حيث وجبت تجب حقا للعبد والحربى ملحق بالجماد والبهائم حتى صار محلا للتمليك فلا حرمة لفراشه ولهذا لا تجب على المسبية اذا وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين وهو الدخول فى دار الاسلام ولو كانت حاملا لا يجوز نكاحها حتى تضع الحمل وروى عنه أنه يجوز ولا يطؤها حتى تضع كالحامل من الزنا والصحيح الاول لانه ثابت النسب لان النسب يثبت من الحربى فيمتنع التزوج كحمل أم الولد بخلاف الحمل من الزنا

﴿فصل﴾ فى الاحداد وهو ترك الزينة والطيب وفيه لغتان أحدت احدادا فهى محد وحدت تحد من باب ضرب ونصر حدا فهى حاد وأصل الحد المنع وهو معروف قال رحمه الله (تحد معتدة البت والموت بترك الزينة والطيب والكحل والدهن الا بعذر والحناء ولبس المعصفر والمزعفر ان كانت بالغة مسلمة) لقوله

(قوله لبقاء أثره وهو العدة) أى لاشتغال رحمها بمائه بالوطء السابق اه (قوله يصير قابضا) أى وان كان المغصوب غائبا اه (قوله ألا ترى أن الخلوة أقيمت مقام الوطء فى حقهما) أى فى حق وجوب المهر وفى حق وجوب العدة اه (قوله وكذا اذا مات عنها زوجها الذمى) فلو تزوجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز اه كمال (قوله بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم) فان عليها العدة بالاتفاق اه فتح (قوله وعلى هذا الخلاف الحربية اذا خرجت الخ) قال فى الهداية وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة قال الكمال ليس بقيد بل المعتبر أن تصير بحيث لا تمكن من العود إما بالخروج مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لا عدة عليها اه (قوله ولو كانت حاملا) أى الحربية المهاجرة اه

﴿فصل فى الاحداد﴾ لما فرغ عن بيان أنواع العدة وعن بيان من تجب عليها ومن لا تجب شرع فى بيان ما يجب على المعتدات قاله الاتقانى (قوله أحدت المرأة احدادا) قال فى المصباح المنير حدت المرأة على زوجها تحد وتحد حدادا بالكسر فهى حاد بغير هاء وأحدت احدادا فهى محد ومحدة اذا تركت الزينة لموت وأنكر الاصمعى الثلاثى واقتصر على الرباعى اه (قوله فى المتن تحد معتدة البت الخ) قال فى الهداية وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد قال الكمال قوله وعلى المبتوتة يعنى و يجب بسبب الزوج على المبتوتة وأصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا فى عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب وهل يباح قال محمد فى النوادر لا يحل الاحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها وانما هو فى الزوج خاصة قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما فى الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفى وجوبه على الرجعية و ينبغى أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه اه قال الاتقانى قال الحاكم الشهيد فى الكافى ولا ينبغى للمعتدة من وفاة زوجها أو طلاق بائن أو لعان أو فرقة بوجه من الوجوه من قبل أنها كان لها أن تطيب أو تلبس الحلى أو الثوب المصبوغ بعصفر أو ورس أو زعفران اه قال فى الهداية والحداد والاحداد وهما لغتان أن تترك الطيب قال الكمال ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه اه

عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا ولا تكتحل ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل رواه أحمد وأبو داود والنسائى وقال الشافعى رحمه الله لا احداد على المطلقة لانه وجب اظهار التأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى الممات وهذا قد أوحشها بالفراق فلا تتأسف عليه ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء رواه النسائى وهو مطلق فيتناول المطلقة ولانه يجب اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها غسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فان قيل كيف يجب التأسف عليها وقد قال تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم قلنا المراد به الفرح والتأسف بصياح نقل ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه وأما دون الصياح فلا يمكن التحرز عنه فان قيل المختلعة وقع الفراق باختيارها فكيف تتأسف عليه بعد ذلك وكذا المبانة بغير الخلع قد جناها فكيف يتصور أن تتأسف عليه ولو كان كما قلتم من فوات نعمة النكاح لما وجب عليها اذ هى تختار ضده وكان ينبغى أن يجب على الرجل أيضا لانه فاته نعمة النكاح قلنا يعتبر الاعم الاغلب ولا ينظر الى الافراد وكم من النساء من تتمنى موت الزوج وتفرح بموته ومع هذا يجب الاحداد عليها لما قلنا وهو تبع للعدة فلو وجب على الرجل لوجب مقصودا وهو غير مشروع ولهذا لا يحل لها ذلك على غير الزوج كالولد والابوين وان كان أشد عليها من الزوج لفقد العدة وترك أنواع الحلى والزينة ولبس الحرير وغيره من الثياب المصبوغة والذهب والفضة والجواهر كلها ولا تكتحل الا لضرورة ولا تدهن بشئ من الادهان كالزيت البحت والشيرج البحت والسمن وغير ذلك لانه يلين الشعر فيكون زينة الا اذا كان بها ضرر ظاهر ولا تمتشط بالاسنان الضيقة وتمتشط بالاسنان الواسعة المباينة لان الضيقة لتحسين الشعر والزينة والمتباعدة لدفع الاذى ولا تلبس الحرير لان فيه زينة الا لضرورة مثل أن يكون بها حكة أو قمل ولا يحل لها لبس الممشق وهو المصبوغ بالمشق وهو المغرة ولا بأس بلبس المصبوغ أسود لانه لا يقصد به الزينة وذكر فى الغاية أن لبس العصب مكروه وهو ثوب موشى يعمل فى اليمن وقيل ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك ولو لم يكن لها ثوب سوى المصبوغ فلا بأس بلبسه للضرورة اذ ستر العورة واجب وذكر الحلوانى أن المراد بالثياب المذكورة الجدد منها أما لو كان خلقا بحيث لا تقع به الزينة فلا بأس به قال رحمه الله (لا معتدة العتق والنكاح الفاسد) أى لا يجب الاحداد على أم الولد اذا أعتقها سيدها ولا على المعتدة من نكاح فاسد لان الاحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح ولم تفتهما نعمة النكاح وكذا لا احداد على كافرة ولا على صغيرة لانهما غير مخاطبتين بحقوق الشرع اذ هى عبادة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام شرط أن تكون مؤمنة بما روينا من الخبر ولولا أنه عبادة لما شرط فيه الايمان بخلاف العدة فانها حق

(قوله الا اذا طهرت نبذة من قسط) القسط بضم القاف عرق شجر يتبخر به والاظفار نوع طيب لا واحد له والنبذة القليل منه بضم النون رخص للمعتدة استعماله حين تطهر من حيضها اه (قوله ولا الممشقة) قال فى المصباح المشق وزان حمل المغرة وأمشقت الثوب إمشاقا صبغته بالمشق وقياس المفعول على بابه وقالوا ثوب ممشق بالتثقيل والفتح ولم يذكروا فعله اه (قوله نقل ذلك عن ابن مسعود) أى موقوفا ومرفوعا اه كاكى (قوله وهو غير مشروع) أى قصدا ولهذا لم يشرع لفوات الاب مع أنه سبب لوجودها وحياتها لعدم العدة اه كاكى (قوله البحت) أى الخالص اه (قوله وتمتشط بالاسنان الواسعة) وأطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد فى الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهى ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر غير ممنوع بل قد يحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل وأجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا فى غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعى الا لضرورة لحصول الزينة وأجازه الامامان والظاهرية اه كمال (قوله مثل أن يكون بها حكة أو قمل) أى أو مرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلى والمعنى المعقول من النص فى منع المصبوغ ينفيه وقد صرح بمنع الحلى فى الحديث على ما سبق ذكره ولم يستثن من المصبوغ فى الحديث السابق الا العصب فشمل منع الاسود انتهى كمال (قوله العصب مكروه) قال فى المصباح المنير والعصب مثل فلس برد يصبغ غزله ثم ينسج ولا يثنى ولا يجمع وانما يثنى ويجمع ما يضاف اليه فيقال برد عصب وبرود عصب والاضافة للتخصيص ويجوز أن يجعل وصفا فيقال شريت ثوبا عصبا وقال السهيلى العصب نبت لا ينبت الا باليمن انتهى وما نقله الشارح عن الغاية منقول من الصحاح انتهى (قوله اذ ستر العورة واجب) واذا لم يكن لها ثوب آخر تعين هذا الثوب لستر العورة ولكن لا تقصد الزينة انتهى كاكى قال الكمال وينبغى تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها ان كان لها انتهى (قوله ولم تفتهما نعمة النكاح) لان زوال الرق لا يليق به التأسف بل يليق به الشكر لزوال أثر الكفر عنها والنكاح الفاسد معصية فلزمها الشكر على فواته لا التأسف انتهى كاكى (قوله وكذا لا احداد على كافرة) وان أبانها مسلم أو مات عنها انتهى كاكى (قوله ولا على صغيرة) أى ولا مجنونة انتهى فتح

الزوج فتجب على الكل ولا احداد على المطلقة الرجعية لان نعمة النكاح لم تفتها اذ النكاح باق فيها حتى يحل وطؤها وتجرى عليها أحكام الزوجات وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى اذا لم يكن فيه ابطال حق المولى بخلاف الخروج لانها لو منعت عنه لبطل حق المولى فى الاستخدام وحق المولى مقدم على حق الشرع لحاجته وعلى حق الزوج ألا ترى انه لا يجب عليه أن يبوئها بيت الزوج حال قيام النكاح وبعد زواله أولى حتى لو كانت مبوأة فى بيت الزوج لا يجوز لها الخروج الا أن يخرجها المولى وعن محمد رحمه الله ان لها الخروج لعدم وجوب حق الشرع فان قيل لو وجب على الامة الاحداد لاجل فوت نعمة النكاح لوجب عليها بعد شراء منكوحته لزوال النكاح بالشراء قلنا يجب هناك أيضا غير أن عدتها لا تظهر فى حق المولى لثبوت حل وطئها له بالشراء فلا يجب الاحداد أيضا بدون العدة حتى لو أعتقها فى هذه الحالة ظهرت العدة والاحداد فى عدة النكاح على ما تقدم بيانه وأم الولد والمكاتبة والمدبرة ومعتقة البعض عند أبى حنيفة رحمه الله كالقنة لوجود الرق فيهن قال رحمه الله (ولا تخطب معتدة وصح التعريض) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى قوله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا والتعريض أن يذكر شيأ يدل على شئ لم يذكره وهو هنا أن يقول لها انك لجميلة وانك لصالحة ومن غرضى أن أتزوج ونحو ذلك من الكلام الدال على ارادة التزوج بها نحو قوله انى فيك لراغب وانى أريد أن نجتمع وهو القول المعروف ولا يصرح بالنكاح ولا يقول انى أريد أن أنكحك وقوله تعالى أو أكننتم فى أنفسكم أى سترتم فى قلوبكم وأضمرتموه والمستدرك فى قوله تعالى ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أى وطئا لانه مما يسر قال عليه الصلاة والسلام السر النكاح هذا اذا كانت المعتدة عن وفاة وأما اذا كانت معتدة عن طلاق فلا يجوز التعريض لانه ان كان رجعيا فالزوجية قائمة وان كان بائنا فلا يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس لانها لا تخرج ليلا ولا نهارا والاظهار بذلك قبيح وفيه تحصيل ما يوجب البغض والعداوة بينه وبين الزوج وكذا بينها وبين الزوج ولا يتحقق ذلك فى المتوفى عنها زوجها قال رحمه الله (ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها) بل تعتد فى المنزل الذى كان يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الطلاق سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن نقل ذلك عن ابن مسعود والاول عن النخعى وقال ابن عباس أن تكون بذية اللسان فتؤذى أحماءها فتخرج من منزل الزوج ولو طلقها وهى زائرة وجب عليها أن ترجع الى منزلها وليس لها أن تخرج منه الا لضرورة من خوف على نفسها أو مالها ولو كان الزوج غائبا فأخذت بالكراء فلا تخرج منه ان كانت قادرة بل تدفع وترجع به على الزوج اذا كان باذن الحاكم ولا تخرج الى صحن دار فيها منازل لغيره لانه بمنزلة السكة ولهذا لو أخرج السارق اليه المتاع قطع بخلاف ما اذا كانت المنازل له حيث كان لها أن تخرج اليه وتبيت فى أى منزل شاءت لانها تضاف اليها بالسكنى والصغيرة تخرج فى الطلاق البائن لانها غير مأمورة بحكم الشرع ولا تحد الزوج فانقطاع

حمه

(قوله ولا احداد على المطلقة الرجعية) قال الاتقانى ثم المطلقة الرجعية تتزين وتلبس ما شاءت من الثياب فلعل زوجها يراجعها انتهى (قوله وعلى الامة الاحداد) يعنى اذا كانت منكوحة فى الوفاة والطلاق البائن انتهى فتح (قوله فى المتن وصح التعريض) أى فى الخطبة انتهى كافى (قوله الا أن تقولوا) قال الزمخشرى الا أن تقولوا قولا معروفا أى لا تواعدوهن الا بأن تقولوا قولا معروفا وهو التعريض انتهى اتقانى قال الكمال وسبك الآية لا جناح عليكم فيما عرضتم به أى فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن أو أكننتم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أى نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذى هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور فى الكتاب غريب الا أن تقولوا قولا معروفا فالاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا فى السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذى أبرزنا صورته وهو فاذكروهن انتهى (قوله والتعريض أن يذكر شيأ يدل على شئ لم يذكره) كما يقول المحتاج للمحتاج اليه جئتك لاسلم عليك ولانظر الى وجهك الكريم انتهى كافى (قوله وأضمرتموه) أى ولم تذكروه بالالسنة أصلا انتهى (قوله ستذكرونهن) أى لا تنفكون عن النطق لرغبتكم فيهن وعدم صبركم انتهى اتقانى (قوله فلا يجوز التعريض) قال الاتقانى وقيل المراد من قوله ولا بأس بالتعريض فى الخطبة المتوفى عنها زوجها أما المطلقة فلا يجوز لها التعريض ولنا فيه نظر لان قوله تعالى لا جناح عليكم فيما عرضتم مطلق ولم يفصل انتهى وقال الكمال أراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز فى المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولافضائه الى عداوة المطلق انتهى فقوله بالاجماع يندفع به نظر الاتقانى والله أعلم (قوله نقل ذلك عن ابن مسعود) وبه أخذ أبو يوسف انتهى فتح قال الكمال وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لان الا غاية والشئ لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعى أبدع وأعذب كما يقال فى الخطابيات لا تزنى الا أن تكون فاسقا ولا تشتم أمك الا أن تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا بخروج اظهار عذو بته عن غرضنا انتهى (قوله والاول عن النخعى) وبه أخذ أبو حنيفة انتهى فتح (قوله فأخذت بالكراء) الكراء بالمد الاجرة انتهى مصباح

حقه عنها ولا يضر به الخروج بخلاف الرجعي حيث لا تخرج الا باذنه لقيام النكاح بينهما فلم ينقطع حقه عنها والكتابية تخرج لانها غير مخاطبة بحكم الشرع وللزوج أن يمنعها صيانة لمائه بخلاف الصغيرة لانه لا يتوهم منها الحبل والمعتوهة كالكتابية في هذا لانها غير مطالبة بحكم الشرع قال رحمه الله (ومعتدة الموت تخرج اليوم وبعض الليل) لان نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج للكسب وأمر المعاش بالنهار وبعض الليل فيباح لها الخروج فيهما غير أنها لا يجوز لها أن تبيت في غير منزلها الليل كله ولها أن تبيت أقل من نصف الليل لان المبيت عبارة عن الكون في مكان أكثر الليل بخلاف المعتدة عن طلاق لان نفقتها دارة عليها فلا حاجة لها الى الخروج حتى لو اختلعت على نفقتها يباح لها الخروج في رواية للضرورة لمعاشها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي اختارت ابطال النفقة فلا يصلح ذلك في ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد فكان كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج ولا يحل لها أن تخرج منه قال رحمه الله (وتعتدان في بيت وجبت فيه الا أن تخرج أو ينهدم) أي تعتد المتوفى عنها زوجها ان أمكنها أن تعتد في البيت الذي وجبت فيه العدة بان كان نصيبها من دار الميت يكفيها أو أذنوا لها في السكنى فيه وهم كبار أو تركوها أن تسكن فيه بأجر وهي تقدر على ذلك لانه عليه الصلاة والسلام قال لفريعة بنت مالك حين قتل زوجها ولم يدع مالا ترثه وطلبت أن تتحول الى أهلها لاجل الرفق عندهم امكثي في بيتك الذي أتاك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله رواه الترمذي وصححه وقوله الا أن تخرج أو ينهدم أي الا أن يخرجها الورثة يعني فيما اذا كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها أو ينهدم البيت الذي كانت تسكنه فحينئذ يجوز لها أن تنتقل الى غيره للضرورة وكذا اذا خافت على نفسها أو مالها أو كانت فيه بأجر ولم تجد ما تؤديه جاز لها الانتقال ثم لا تخرج من البيت الذي انتقلت اليه الا بعذر لانه يأخذ حكم الاول وتعيين البيت الذي تنتقل اليه اليها لانها مستبدة في أمر السكنى بخلاف المطلقة حيث يكون تعيينه الى الزوج لعدم الاستبداد بالسكنى واذا طلقها بائنا وسكنت في منزل الزوج يجعل بينها وبينه سترة حتى لا تقع الخلوة بالاجنبية واكتفى بالحائل لاعتراف الزوج بالحرمة وان كان فاسقا يخاف عليها منه أو كان الموضع ضيقا لا يسعهما فلتخرج هي والاولى خروجه لوجوب السكنى عليها فيه وان جعل القاضي بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فهو حسن ولا يقال ان المرأة على أصلكم لا تصلح أن تكون حائلة حتى قلتم لا يجوز للمرأة أن تسافر مع نساء ثقات وقلتم بانضمام غيرها تزداد الفتنة فكيف تصلح هنا لانا نقول تصلح أن تكون حيلولة في البلد لبقاء الاستحياء من العشيرة ولامكان الاستعانة بجماعة المسلمين وأولى الامر منهم بخلاف المفاوز في السفر قال رحمه الله (بانت أو مات عنها في سفر وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت اليه ولو ثلاثة رجعت أو مضت معها ولي أو لا ولو في مصر تعتد ثم تخرج بمحرم) أراد بقوله رجعت أن ترجع الى مصرها ومراده فيما اذا كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام وأما اذا كان دونه فلها الخيار ان شاءت رجعت وان شاءت مضت والرجوع أولى لما نذكره من قريب وقوله ولو ثلاثة رجعت أو مضت يعني اذا كان بينها وبين مقصدها أيضا ثلاثة أيام وأما اذا كان دونه فلا خيار لها بل تمضي فحاصله أنه اذا كان كل واحد منهما أقل من مسيرة ثلاثة أيام كان لها الخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت سواء كانت في مصر أو في مفازة وسواء كان معها محرم أو لم يكن لانه ليس في كل واحد منهما انشاء سفر ولكن الرجوع أولى لتعتد في منزلها وذكر في الغاية معزيا الى المبسوط عليها أن ترجع الى منزلها لانها تصير مقيمة بالرجوع وبالمضي تصير مسافرة وان كان أحدهما مسيرة سفر والآخر دونه تعين الاقل سواء كانت في مصر أو لا وكان معها محرم أو لم يكن لانه ليس فيه انشاء سفر والمعتدة يباح لها الخروج الى أقل من السفر للضرورة لان ما يلحقها من الضرر في ذلك المكان أعظم من الضرر في الخروج وان كان كل واحد منهما مسيرة سفر فان كانت في غير مصر خيرت بين الرجوع والمضي للضرورة والرجوع أولى لما قلنا وان كانت في مصر ولا تخرج منه عند أبي حنيفة

(قوله ولها أن تبيت أقل من نصف الليل) قال في القنية في باب الايمان التي لها غاية معزيا الى النوازل قال لها ان لم أذهب بك الليلة الى منزلي فانت طالق فان ذهب بها قبل مضي أكثر الليلة لا يحنث والا يحنث انتهى (قوله وبه كان يفتي الصدر الشهيد) وصححه في جامع قاضيخان انتهى كمال (قوله واذا طلقها بائنا) أي واحدة أو ثلاثا انتهى (قوله ولكن الرجوع أولى لتعتد) أي في منزل الزوج كذا في الدراية واطلاق المصنف يقتضي أنه اذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه أما اذا كان مدة سفر فظاهر لان المضي الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما ان كان ما دونها فترجع أيضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك كذا في النهاية وهو أوجه انتهى كمال رحمه الله وما في النهاية موافق لما في الغاية والله الموفق (قوله والمعتدة يباح لها الخروج) يعني عن طلاق أو وفاة انتهى

(قوله وقالا ان كان معها محرم) وهو قول أبي حنيفة أولا وقوله الآخر أظهر انتهى فتح وكافي

﴿باب ثبوت النسب﴾

لما فرغ من بيان وجوه العدة من اعتبار الحيض والاشهر ووضع الحمل شرع في بيان ثبوت النسب لان ثبوت النسب من آثار الحمل فناسب أن يذكر هذا الباب عقيب باب العدة قاله الاتقاني (قوله لزمه نسبه ومهرها) أي كاملا انتهى (قوله فلانها فراشه) أي والولد للفراش انتهى (قوله لانها اذا ولدته لستة أشهر الخ) معناه اذا ولدته لتمام ستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان لانه ان كان لاقل فالعلوق سابق على النكاح وان كان لاكثر أمكن أن يجعل من علوق حدث بعد النكاح فلا يكون منه لانا حكمنا حين الطلاق بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول والخلوة ولم يتبين بطلان هذا الحكم اه شرح وهبانية ويأتي في هذا الكتاب اه (قوله قلنا هذا هو القياس) أي عدم ثبوت النسب اه (قوله وفي الاستحسان يثبت) قال الكمال رحمه الله وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان يتزوجها وهو يخالطها وطئا وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن تجويز أنهما وكلا مباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله أن الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد قال الشراشية أثر النكاح أعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة حيث يثبت نسب الولد منها اذ جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا قلنا أن الثابت مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضيخان ان العلوق بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال النكاح فيثبت بان النسب يعني أن زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله أثره لا يقال مقتضاه أن تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل لانا نقول انما لم يثبتوه في الاقل لان العلوق حينئذ من زوج قبل النكاح وأما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه يزيد على ما بعد الطلاق بما يسع وطئا بالفرض فيحل مستثنى هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى أن نفيهم النسب فيما اذا جاءت لاكثر من ستة في مدة يتصور أن يكون منه وهو ستان ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل منها وربما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وترك ما ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري أي الاحتمالين أبعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع الناس كلامهما

رحمه الله سواء كان معها محرم أو لم يكن وقالا ان كان معها محرم تخرج والا فلا لان نفس الخروج يرخص لها للضرورة لان الغربة يؤذي وتلحقه الوحشة ولهذا كان لها الخروج الى أقل من السفر وان كانت في مصر مع أن المعتدة ممنوعة منه حالة الاختيار فلم يبق الا حرمة السفر وذلك ترتفع بالمحرم وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من الخروج ألا ترى أن العدة تمنع مطلق الخروج وان قل بخلاف عدم المحرم حيث لا تمنع الا السفر فاذا كان عدم المحرم يمنع السفر فالعدة أولى أن تمنع لانها أقوى في المنع وما دون السفر انما رخص لها مع قيام العدة لكونه ليس بانشاء خروج بل هو بناء على الخروج الاول وانشاء الخروج في العدة حرام مطلقا وهنا هي منشئة للخروج باعتبار أنه سفر فيتناوله التحريم فلا يرتفع بالمحرم لان حرمة الخروج على المعتدة لا ترتفع به وفي المفازة جاز للضرورة وهو خوف الهلاك وقد انعدم هنا فبقي على الاصل وعلى هذا لو كان كل واحد منهما مسيرة سفر واختارت أحدهما فقرت بمصر لا تخرج منه بعده وعندهما تخرج بمحرم وأهل الكلا اذا انتقلوا انتقلت المعتدة معهم ان كانت تتضرر بتركها في ذلك المكان والطلاق الرجعي في هذا كالبائن فيما ذكرنا من الاحكام غير أنها ليس لها أن تفارق زوجها في مسيرة هي سفر لان الزوجية قائمة بينهما والمبانة ترجع أو تمضي مع من شاءت لارتفاع النكاح بينهما فصارا أجنبيا والله أعلم بالصواب

﴿باب ثبوت النسب﴾

قال رحمه الله (ومن قال ان نكحتها فهي طالق فولدت لستة أشهر مذ نكحها لزمه نسبه ومهرها) أما النسب فلانها فراشه وهو متصور لانها اذا ولدته لستة أشهر من وقت التزوج فقد ولدته لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حال النكاح فان قيل ان كان متصورا من الوجه الذي ذكرتم وهو مضي الزمان لكن لا يتصور حقيقة لان الوطء في هذا العقد غير ممكن لوقوع الطلاق عقيبه من غير مهلة فوجب أن لا يثبت نسبه منه كما لا يثبت من الصبي لعدم الماء حقيقة قلنا هذا هو القياس وهو قول زفر وقول محمد الاول وفي الاستحسان يثبت وهو قول محمد الاخير لان النسب يحتال لاثباته وقد أمكن ذلك

بان يجعل كأنه تزوجها وهو مخالط لها فوافق الانزال النكاح ثم وجد الطلاق بعد ذلك لانه حكمه وحكم الشئ يعقبه أو يقارنه على ما قاله البعض فيكون العلوق مقارنا للانزال فيثبت به النسب لما ذكرنا انه يحتال لاثباته فصار كتزوج المغربي المشرقية وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها للامكان العقلي وهو أن يصل اليها بخطوة كرامة من الله تعالى بخلاف مسئلة الصبي فانه لا يتصور أن يخلق من مائه ولبس لهما فافترقا ويشترط أن تلد لستة أشهر من وقت التزوج من غير نقصان ولا زيادة لانها اذا جاءت به لاقل منه تبين أن العلوق كان سابقا على النكاح وان جاءت به لاكثر منه تبين أنها علقت بعده لانا حكمنا حين وقوع الطلاق بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول والخلوة ولم يتبين بطلان هذا الحكم وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه تحقق الوطء منه حكما وهو أقوى من الخلوة فتأكد به المهر وكان ينبغي أن يجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالنكاح كما اذا تزوج امرأة في حال ما يطؤها كان عليه مهران مهر بالوطء لانه سقط الحد لوجود التزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح وفي النهاية عن أبي يوسف انه يجب مهر ونصف النصف للطلاق قبل الدخول والمهر بالدخول وذكر في النهاية انه لا يكون به محصنا وعزاه الى المنتقى قال رحمه الله (ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي وان ولدته لاكثر من سنتين مالم تقر بمضي العدة فكان رجعة في الاكثر منهما لا في الاقل منهما) أي من السنتين لان ثبوت النسب يعتمد التصور وهو متصور في الصور كلها مالم تقر بانقضاء عدتها على ما بين ثم ان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلا اشكال في ثبوت نسبه لانه كان موجودا وقت الطلاق فكان من علوق قبله وبانت بالوضع لانقضاء العدة وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين فكذلك الحكم في ثبوت النسب والبينونة لانه يحتمل أن يكون من حمل قبل الطلاق فحمل عليه فان قيل ينبغي أن يحمل على أنه بوطء بعد الطلاق لان الحوادث تحمل على أقرب أوقات الامكان وفيه اثبات الرجعة أيضا احتياطا فكان أولى قلنا الحوادث انما تحمل على أقرب أوقاتها اذا لم يوجد المقتضي بخلاف ذلك وأما اذا وجد فلا وههنا وجد المقتضي لان الطلاق الرجعي يقتضي البينونة عند انقضاء العدة والقول بثبوت الرجعة ابطال له فلا يجوز ولان فيه حمل أمره على خلاف السنة وهو المراجعة بالفعل مع ما فيه من اثبات الرجعة بالشك وهو أيضا لا يجوز فلا يصار اليه مع

وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد أو احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ولا استبعاد هنا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جني اهـ ما قاله الكمال رحمه الله (قوله بان يجعل كأنه تزوجها وهو مخالط لها) يعني بان يدخل عليهما رجلان وهما في تلك الحالة فيسمعان كلامهما فيوافق الانزال النكاح وهذا ممكن وان كان نادرا اهـ (قوله ويشترط أن تلد الخ) قال الاتقاني وانما يثبت النسب فيما اذا جاءت بالولد لتمام ستة أشهر من وقت النكاح لان قيام النكاح ممن يحتمل العلوق منه قائم مقام الوطء في حق ثبوت النسب لان النسب مما يحتاط في اثباته وقد قال عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر أي لصاحب الفراش على حذف المضاف كذا قال المطرزي والفراش العقد كذا فسر الكرخي في املائه لشرح الجامع الصغير وقد ذكرنا نحن في فصل المحرمات أن الفراش كون المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه فيكون الوطء من زمان التزوج ثابتا حكما وان لم يوجد حقيقة والعبرة بالفراش لا بالماء الحديث ولهذا لو كان من مائه ولم يكن له فراش لا يثبت النسب اهـ (قوله لانه اذا جاءت به لاقل منه) أي من ستة أشهر اهـ (قوله وان جاءت به لاكثر منه) أي من ستة أشهر اهـ (قوله ولم يتبين بطلان هذا الحكم) قال الكمال وأما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد اهـ (قوله تحقق الوطء منه حكما) فصارت في معنى المدخول بها اهـ (قوله فتأكد به) أي بثبوت النسب اهـ اتقاني وكمال (قوله وفي النهاية عن أبي يوسف أنه يجب مهر ونصف) قال الكمال رحمه الله وفي النهاية وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف مهر ونصف أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فللدخول اهـ وعبارة أبي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه أبو الليث ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد بذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة اهـ وهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرة في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بانه متأخر عن النكاح فاقل الامر كونه قبله ولا يشتبه ذلك اهـ (قوله في المتن مالم تقر بمضي العدة) لاحتمال العلوق في حال العدة لجواز أنها تكون ممتدة الطهر اهـ هداية (قوله لاقل من ستة أشهر) أي من وقت الفراق اهـ (قوله فان قيل ينبغي أن يحمل على أنه بوطء بعد الطلاق) أي لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء اهـ (قوله ولان فيه حمل أمره على خلاف السنة) وكما لا نظن بالعاقل المسلم الاقدام على الحرام لا نظن به

امكان غيره وان جاءت به لاكثر من سنتين ثبت نسبه منه وكانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه فحمل عليه ولا يحمل على الزنا الامكان الحل ولانتفاء الزنا عن المسلم ظاهرا ولا يقال انتفاء الزنا يمكن بغير هذه الجهة وهو أن تتزوج بزوج آخر بعد انقضاء عدتها فيكون الولد منه لانا نقول الابقاء أسهل من الابتداء فكان أولى هذا كله اذا لم تقر بانقضاء العدة وأما اذا أقرت به في مدة تحتمل ذلك فهو كما قالت مالم يكذبها الظاهر قال رحمه الله (والبت لاقل منهما) أي يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البت اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه كان موجودا عند الطلاق أو يحتمله فيحمل عليه احتيالا لاثبات النسب على ما تقدم ولا يعتبر توهم غيره على ما بينا قال رحمه الله (والالا) أي ان لم تأت به لاقل منهما بل أتت به لاكثر لم يثبت نسبه لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لحرمة وطئها في العدة بخلاف الرجعي وتنقضي به العدة عند أبي يوسف وعندهما يحمل على أن عدتها انقضت قبل الولادة بستة أشهر وتزوجت غيره وجاءت به منه فترد ما أخذت من النفقة منه في تلك المدة حملا لامرها على الصلاح واحياء للولد فلا يسمع اقرارها انه من الزنا في حق الولد لانه ضرر محض في حقه وأبو يوسف يقول يحتمل انه هو الذي وطئها في العدة أو غيره بشبهة أو بنكاح صحيح وسبب النفقة كان ثابتا بيقين فلا يرد بالشك وفيه نظر فان نسب الولد لم يثبت بيقين فأقل أحواله أن يكون وطئها أجنبي بشبهة فحبلت منه والمنكوحة اذا وطئت بشبهة فحبلت منه لا تجب لها النفقة على الزوج حتى تضع حملها لكونها مشغولة بغيره فكيف تجب في المعتدة وهي أدنى حالا ولو ولدت ولدين توأمين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر منهما ثبت نسبهما منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالجارية اذا ولدت ولدين بعد بيعها ثم ادعى البائع الولد الاول ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد وقال محمد لا يثبت نسبهما لان الثاني من علوق حادث فمن ضرورته أن يكون الاول كذلك لانهما من ماء واحد بخلاف مسئلة الجارية لانه يحتمل أن يكون الثاني علقت به في ملكه لعدم الاستحالة حتى لو ولدت أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر ينبغي أن يكون الحكم كذلك أو نقول يمكن أن يفرق بينهما بان البائع التزمه قصدا بالدعوى والزوج لم يدع حتى لو ادعى الزوج الاول كان مثله قال رحمه الله (الا أن

الاقدام على خلاف السنة اه كافي (قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين يثبت) أي يثبت ولو عشرين سنة أو أكثر اه فتح قال الكمال رحمه الله أما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر وأما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بان امتد الى ماقبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها الخ فيثبت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة للمطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل أنه كان في العصمة كما يحتمل أنه كان في العدة واحالة الحادث الى أقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر آخر والظاهر الوطء في العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة أرجح من اضافة الحادث الى الزمن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة أيضا فيها اذ معتاد الناس في الرجعة أن يراجعوا باللفظ اه قال الرازي رحمه الله في شرح الكنز وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت الولادة رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه حملا لحالها على الصلاح ويثبت النسب وان جاءت لتمام سنتين يثبت النسب لانه يثبت بالشبهة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل أن يكون العلوق بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مقارنا للطلاق فلا يثبت بالشك اه وفي الاختيار وان جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه وانه وطئها في العدة حملا لحالها على الاحسن والاصلح اه ولا يخفى ما فيه من المخالفة لما قاله الرازي اه قال في المجمع واذا أتت به الرجعية لسنتين أو أكثر ثبت مالم تقر بانقضائها وكان مراجعا اه وظاهره أنه يكون مراجعا في السنتين كما قال في الاختيار اه وكتب ما نصه سكت الشارح عما اذا أتت به لسنتين هل يكون مراجعا وحيث سكت في المتن عنه كان ينبغي بيانه على الشارح اه (قوله لان العلوق بعد الطلاق) أي في عدة الرجعي اه (قوله لانا نقول) أي نقول الفرض أنها لم تكن أقرت بانقضاء العدة ومالم يدعيه) تقرر بذلك ولم يظهر تزوجها فالظاهر أنها في العدة ولان فيه انشاء نكاح وابقاء الاول أسهل وأخف اه فتح (قوله وأما اذا أقرت به في مدة تحتمل ذلك) أي بان يكون ستين يوما على قول أبي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه منه الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هو في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها يثبت نسبه منه انتهى كمال (قوله يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البت) أي وهي المطلقة طلاقا بائنا أو ثلاثا انتهى اتقاني (قوله ولا يعتبر توهم غيره الخ) حملا لحالها على الصلاح انتهى رازي (قوله في المتن والا) أي وان جاءت بولد لسنتين أو أكثر انتهى مسكين (قوله بل أتت به لاكثر) أي من الاقل انتهى فيصدق بما اذا جاءت به لتمام سنتين ولاكثر منهما وقد قال في الهداية وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام انتهى (قوله وجاءت به منه) وستة أشهر أقل مدة يتصور فيها الولد انتهى رازي (قوله فترد ما أخذت من النفقة منه) أي من الزوج في ستة أشهر انتهى (قوله ولو ولدت) أي المبتوتة انتهى

(قوله لان المبتوتة بالثلاث الخ) قال البدر بن عبيد الله رحمه الله ومن خطه نقلت أقول وتقييده بالثلاث فيه شئ فان المبتوتة بما دون الثلاث على مال كذلك كذا فى الهداية ولو حمل كلام المصنف على أن المراد بها المبانة بالكناية فهو صحيح لكن اطلاق قوله والبت يرده والله أعلم ولعل الوجه فى ذلك أن يحمل على وطء بنكاح جديد بشروطه انتهى (قوله قال فيه روايتان) قال الكمال والاوجه انه لا يشترط لانه تمكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر الاشتراط فى رواية الامام السرخسي والبيهقي فى الشامل وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها انتهى (قوله وهو خروج الصدران خرج مستقيما) المستقيم أن يخرج رأسه أولا والمنكوس أن يخرج رجلاه أولا انتهى صدر (قوله فى المتن والمراهقة لاقل من تسعة أشهر) أى منذ طلقها انتهى كافى (قوله يثبت نسب ولد المطلقة المراهقة) أى المدخول بها انتهى (قوله وهذا عند أبى حنيفة ومحمد الخ) قال الاتقانى رحمه الله ووجه قولهما أن عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهى ثلاثة أشهر التى عينها النص وما كان متعينا شرعا كان السكوت والبيان فيه سواء فاذا انقضت ثلاثة أشهر حكم بانقضاء عدتها فصار كاقرارها بالانقضاء فلو أقرت بالانقضاء ثم جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر لا يثبت النسب فكذلك ههنا لما مضت ثلاثة أشهر ثم مضى بعدها ستة أشهر وذلك تسعة أشهر لا يثبت النسب سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا بل الحكم بانقضاء العدة بالشرع أقوى من انقضائها باقرار المرأة لان حكم الشرع لا يحتمل الخلاف واقرارها يحتمل ذلك انتهى (قوله وقال أبو يوسف يثبت النسب الخ) قال فى الكافى وعند أبى يوسف ان ولدت لاقل من سنتين منذ طلقها يثبت النسب منه فى الطلاق البائن وفى الرجعى ان ولدت لاقل من سبعة وعشرين شهرا يثبت النسب منه وان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت اه (قوله وان كان رجعيا يثبت منه الى سبعة وعشرين شهرا) لانه يحتمل أنه وطئها فى آخر عدتها وهى ثلاثة أشهر فعلقت ثم مدة الحمل سنتان فالمجموع سبعة وعشرون شهرا انتهى غايه (قوله وهو مضى الاشهر) لقوله تعالى واللائى لم يحضن انتهى (قوله وأما فى المنكوحة فلا لانه لا يعقد) قال فى الهداية وان كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء قال الاتقانى لانها أعرف بأمر عدتها من غيرها حتى يثبت نسب ولدها الاقل من سنتين فى الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى وبه صرح فى شرح الطحاوى الا أن فى الكبيرة يثبت النسب لاكثر من سنتين وان طال الزمان فى الطلاق الرجعى لاحتمال انها كانت ممتدة الطهر فوطئها فى آخر طهرها وههنا فى الصغيرة اذا مضت ثلاثة أشهر بعد الطلاق يحكم بانقضاء العدة ثم اذا ولدت بعد ذلك لاقل من سنتين يكون العلوق فى العدة ويثبت النسب والا فلا وقوله يعقد هو بمعنى ما قاله فى المصفى (قوله وان أقرت بالحبل فهو اقرار) قال فى المصفى وان أقرت بالحبل فان كان الطلاق بائنا يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا أما فى البائن فلانه لما أقرت بالحمل صارت بالغة وحكم الكبيرة هكذا وأما فى الرجعى فلانها اذا ولدت لاكثر من ذلك ظهر أن العلوق كان فى العدة فلم يثبت النسب وأما اذا لم تقر بشئ فعنده سكوتها كدعوى الحمل فان كان الطلاق بائنا يثبت نسبه الى سنتين وان كان رجعيا فالى سبعة وعشرين شهرا وعندهما كالاقرار بانقضاء العدة بثلاثة أشهر فان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه منه ولاكثر منه لا يثبت فى حق الرجعى والبائن انتهى مصفى (قوله فصارت كالكبيرة الخ) من حيث انه لا يقتصر انقضاء عدتها على الاقل من تسعة

يدعيه) لانه التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة وهى فى العدة هكذا ذكروه وفيه نظر لان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة فى الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه فى كتاب الحدود فكيف أثبت به النسب هنا وذكر فى النهاية ان الزوج اذا ادعاه هل يشترط فيه تصديق المرأة قال فيه روايتان وعزاه الى شرح الطحاوى ثم المعتبر خروج الاكثر لاقل من سنتين وهو خروج الصدران خرج مستقيما وان كان منكوسا فسرته وهو المعتبر فى انقضاء العدة وفى حق الارث اذا مات قبل أن يخرج كله قال رحمه الله (والمراهقة لاقل من تسعة أشهر والا لا) يعنى يثبت نسب ولد المطلقة المراهقة اذا جاءت به لاقل من تسعة أشهر وان جاءت به لاكثر لا يثبت وهذا عند أبى حنيفة ومحمد والرجعى والبائن فيه سواء وقال أبو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين ان كان بائنا وان كان رجعيا يثبت منه الى سبعة وعشرين شهرا وبعده لا يثبت لان الحبل من المراهقة موهوم وشرط انقضاء عدتها بمضى الاشهر أن لا تكون حاملا وهو لا يعلم الا من جهتها فما لم تقر بانقضاء عدتها احتمل أن تكون حاملا بعلوق قبل الطلاق وفى الرجعى بعلوق فى العدة وهذا القدر من التصور كاف لثبوت النسب فيحمل عليه ولهما أنا تيقنا بصغرها فلا يزول بالشك وهو مناف للحمل ولانقضاء عدتها جهة معينة وهو مضى الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء فصار كما لو أقرت بذلك بل فوقه لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله ولا يرد على هذا المتوفى عنها زوجها حيث يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين وان كان لانقضاء عدتها جهة أخرى وهى مضى الاشهر لانا نقول لانقضاء عدتها جهتان الاشهر ووضع الحمل والجهتان متساويتان فيها فلا تتعين احداهما عند الموت دون الاخرى بخلاف الصغيرة لان الاشهر متعينة فيها اذ الاصل عدم الحبل منها ولا يقال الاصل فى الكبيرة أيضا عدم الحبل لانا نقول ذلك فى غير المنكوحة وأما فى المنكوحة فلا لانه لا يعقد الا للاحبال هذا اذا لم تقر بالحبل ولا بانقضاء العدة وان أقرت بالحبل فهو اقرار منها بالبلوغ فيقبل قولها فصارت كالكبيرة فى حق ثبوت نسبه وان أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لاقل من

ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه لظهور كذبها بيقين والالم يثبت لان الجهة وهو الاعتداد بالاشهر قد تعينت بدون الاقرار فمع الاقرار أولى بخلاف الآيسة اذا أقرت بانقضاء عدتها مفسرا بالاشهر ثم جاءت بولد لاقل من سنتين حيث يثبت نسبه والفرق أن الآيسة بالولادة تبين أنها لم تكن آيسة بل كانت من ذوات الاقراء ولا كذلك الصغيرة ولهذا لم تستأنف العدة اذا حاضت بعد انقضائها والآيسة تستأنف قال رحمه الله (والموت لاقل منهما) أى ويثبت نسب ولد معتدة الموت اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الموت وقال زفر رحمه الله اذا ولدته لتمام عشرة أشهر وعشرة ايام من حين مات لا يثبت النسب لما ذكرنا فى الصغيرة من تعين عدتها بالاشهر ونحن قد ذكرنا الفرق هنالك بينهما والصغيرة اذا توفى عنها زوجها فان أقرت بالحبل فهى كالكبيرة يثبت نسبه الى سنتين لان القول قولها فى ذلك وان أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشر ثم ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يثبت النسب منه وان لم تدع حبلا ولم تقر بانقضاء العدة فعند أبى حنيفة ومحمد ان ولدت لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت النسب منه والالم يثبت وعند أبى يوسف يثبت الى سنتين والوجه ما بينا فى المعتدة الصغيرة من الطلاق والآيسة اذا طلقها زوجها بائنا أو رجعيا ولم تقر بانقضاء عدتها حتى ولدت كان الجواب فيها وفى ذوات الاقراء سواء لانها لما ولدت بطل ايا سها وان أقرت بانقضاء عدتها بالاشهر فكذلك الجواب حتى يثبت نسبه الى سنتين ان كان الطلاق بائنا والى ما لا نهاية له فى الرجعى لانها لما ولدت بطل اعتدادها بالاشهر لانه لما ظهر أنها لم تكن ايسة فصار كانها لم تقر بانقضاء العدة وان أقرت بانقضاء عدتها مطلقا غير مفسر بالاشهر فى مدة يتصور أن يكون فيها ثلاثة أقراء ثم ولدت لستة أشهر من وقت الاقرار لم يثبت نسبه ويحمل اقرارها على انقضاء العدة بالاقراء لانه هو الاصل ويجعل كانها تزوجت بزوج آخر فحبلت منه فلا يبطل اقرارها الا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فيبطل لظهور كذبها بيقين وان كانت معتدة عن وفاة فالآيسة فيها والتى من ذوات الاقراء سواء لان عدة الوفاة تكون بالاشهر فى حق كل واحدة منهما اذا لم تكن حاملا قال رحمه الله (والمقرة بمضيها لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار) أى يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لظهور كذبها بيقين هذا اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الفراق وان جاءت به لاكثر منهما لا يثبت وان كان لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار كما اذا أقرت بعد ما مضى من عدتها سنتان الا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الاقرار لم يثبت نسبه منه لان شرط ثبوته أن يكون لاقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق وبعده لا يثبت وان لم تقر بالانقضاء فمع الاقرار أولى الا اذا كان الطلاق رجعيا فحينئذ يثبت ويكون مراجعا على ما بينا من قبل بقى فيه اشكال وهو ما اذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الفراق ينبغى أن لا يثبت نسبه اذا كانت المدة تحتمل ذلك بان أقرت بعد ما مضى سنة مثلا ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لانه يحتمل أن عدتها انقضت فى شهرين أو ثلاثة ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل ولا يلزم من اقرارها بانقضاء العدة أن تنقضى فى ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين الا اذا قالت انقضت عدتى الساعة ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت قال رحمه الله (والالا)

أشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه فى آخر الطهر انتهى مصفى (قوله ولاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه) لانها أخطأت فى الاقرار اه كافى (قوله فى المتن والموت) بالجر عطف على المراهقة اه (قوله وقال زفر الخ) هكذا هو فى الكافى وغيره وقال الكمال رحمه الله وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه ولستة أشهر لا يثبت ووجهه كوجههما فى الصغيرة وهو أن لعدتها جهة واحدة هى انقضاء أربعة أشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جاءت به لاقل على ما عرف ونمنع تعين الجهة الواحدة فى حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل فتستمر ما لم تعترف بالحبل اه (قوله وعند أبى يوسف الخ) أى عند أبى يوسف ان جاءت بالولد لاقل من سنتين من وقت وفاة الزوج يثبت النسب والافلا لان سكوتها بمنزلة الاقرار بالحبل عنده وأما عندهما فسكوتها بمنزلة الاقرار بانقضاء العدة لان عدتها ذات جهة واحدة لانها لا تحتمل الحبل لصغرها اه اتقانى وكتب ما نصه فعدة الصغيرة المتوفى عنها كعدة المبتوتة عنده اه (قوله وان أقرت بانقضاء عدتها) مفسرا بثلاثة أشهر اه اتقانى (قوله يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة الخ) سواء كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن بالاشهر أو بالحيض قال الاتقانى هذا الذى ذكره القدورى يتناول كل معتدة سواء كانت معتدة عن وفاة أو عن طلاق بائن أو رجعى لانه أطلق المعتدة اى ولم يقيدها بما دل عليه ما ذكره فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع بقولهم اذا أقرت بانقضاء العدة فى الطلاق البائن أو الرجعى فى مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت فان ولدت لاقل من ستة أشهر منذ أقرت ولاقل من سنتين منذ بانت وفى الرجعى كيفما كان بعد أن يكون لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لعلمنا ببطلان الاقرار وان ولدت لستة أشهر منذ أقرت يثبت لانا لم نعلم بفساد الاقرار كذلك فى الوفاة فاذا أقرت بانقضاء العدة بالاشهر صح اقرارها واذا لم تقر وجب الانقضاء بالحمل ويثبت النسب الى سنتين اه (قوله فى المتن والالا) قال فى

أى ان لم تجئ به لستة أشهر من وقت الاقرار بل جاءت به لاكثر لا يثبت نسبه منه وقال الشافعى يثبت لان حمل أمرها على الصلاح ممكن فوجب الحمل عليه وفى ضده حمله على الزنا وهو منتف عن المسلم ولان فيه ضررا على الولد بابطال حقه فى النسب فيرد اقرارها ولنا أنها أمينة فى الاخبار عما فى رحمها وقد أخبرت بمضى عدتها وهو ممكن فوجب قبول خبرها حملا لكلامها على الصحة ولا يلزم من قطعه عنه أن يكون من الزنا لانه يحتمل أنها تزوجت بغيره فحبلت منه فحمل عليه عند الامكان مع أنا نقول يجوز ابطال حق الغير بقول الامين اذا لم يكن مكذبا شرعا ألا ترى أنها تصدق فى انقضاء عدتها بالاقراء وان تضمن ذلك ابطال حق الزوج فى الرجعة قال رحمه الله (والمعتدة ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو حبل ظاهر أو اقرار به أو تصديق الورثة) أى يثبت نسب ولد المعتدة ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين الى آخره ولا فرق فى ذلك بين المعتدة من طلاق رجعى أو بائن أو وفاة وقال أبو يوسف ومحمد يثبت نسبه بشهادة امرأة واحدة قابلة لان الفراش قائم لقيام العدة اذ معنى الفراش أن تتعين المرأة للولادة لشخص واحد والمعتدة بهذه الصفة والفراش يلزم النسب والحاجة بعد ذلك الى اثبات الولادة وتعيين الولد وذلك يثبت بالقابلة كما فى حال قيام النكاح أو الحبل الظاهر أو اقرار الزوج بالحبل ولابى حنيفة رحمه الله أن العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل فزال الفراش والمنقضى لا يكون حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط فيه كمال الحجة بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا لان النسب يثبت قبل الولادة بالفراش والحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة وقوله والمعتدة ان جحدت ولادتها يدخل فيه جميع أنواع المعتدات وفى الرجعى اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين اشكال لان الفراش ليس بمنقض فى حقها لانها تكون مراجعة لكون العلوق فى العدة على ما بينا فينبغى أن يثبت نسب ولدها بشهادة القابلة من غير زيادة شئ آخر كما فى المنكوحة وفى المبسوط قيده بقيدين لعدم ثبوته بدون شهادة رجلين أن يكون الطلاق بائنا وأن يكون الزوج منكرا للولادة فالظاهر أنه اتفاقى لا على سبيل الشرط لان ظهور الحبل كاقراره ولا فرق فى ذلك بين البائن والرجعى أيضا عند انقضاء العدة بوضعه وذكر فى الغاية أنه لا يحتاج لثبوت النسب الى شهادة القابلة عند اعترافه بالحبل وعند ظهور الحبل وعند قيام الفراش وأنكر على صاحب ملتقى البحار فى اشتراطه شهادة القابلة لتعيين الولد عند أبى حنيفة وهو سهو فان شهادة القابلة لا بد منها لتعيين الولد اجماعا فى هذه الصور كلها وانما الخلاف فى ثبوت نفس الولادة بقولها فعند أبى حنيفة يثبت به فى الصور الثلاث وعندهما لا يثبت الا بشهادة القابلة وأما نسب الولد فلا يثبت بالاجماع الا بشهادة القابلة لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين وثمرة الخلاف لا تظهر الا فى حق حكم آخر كالطلاق والعتاق بأن علقهما بولادتها حتى يقع عند أبى حنيفة بقولها ولدت لانها أمينة لاعترافه بالحبل أو لظهوره فيقبل قولها وعندهما لا يقع شئ حتى تشهد قابلة نص عليه فى الايضاح والنهاية وغيرهما والظاهر ان صاحب الغاية أخذه من الهداية من قوله الا ان يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وليس معناه كما ذكره هو وانما معناه يثبت بغير شهادة رجلين ألا ترى الى ما ذكره فى هذه المسئلة بعيد هذه الكلمة من قوله لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها أى بشهادة القابلة ولولا هذا التأويل لكان متناقضا فحاصله أن شهادة النساء لا تكون حجة فى تعيين الولد الا اذا تأيدت بمؤيد من ظهور حمل أو اعتراف منه أو فراش قائم نص عليه فى ملتقى البحار وغيره ثم قيل تقبل

الهداية وان اعترفت المعتدة بانقضاء العدة ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده اه (قوله أى ان لم تجئ به لستة أشهر الخ) كان على الشارح أن يقول أى ان لم تجئ به لاقل من ستة أشهر بل جاءت به لستة أو أكثر لا يثبت نسبه منه فتأمل يظهر لك صحة ما قررناه اه (قوله بل جاءت به لاكثر) أى من وقت الاقرار اه (قوله مع أنا نقول يجوز ابطال حق الغير) أى وهو الولد اه (قوله فى المتن والمعتدة) بالجر عطف على قوله والموت اه (قوله فى المتن أو حبل ظاهر) قال فى المختلف شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بمؤيد وهو ظهور الحبل أو اقرار الزوج بالحبل أو قيام الفراش حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة فى الولادة وفى الطلاق البائن اذا كذبها الزوج وفى تعليق الطلاق بالولادة لا تقبل الا بينة فلا تقبل شهادة القابلة الا عند ما ذكرنا من القرائن وعندهما يقضى بشهادة القابلة وحدها الى هنا لفظ المختلف اه اتقانى (قوله يثبت ولد المعتدة ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين) يعنى اذا ولدت المعتدة ولدا وأنكر الزوج الولادة لم يثبت نسبه عند أبى حنيفة الا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان الا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وعندهما يثبت فى الجميع بشهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة حرة اه رازى رحمه الله تعالى قال الاتقانى وعندهما يثبت النسب فى جميع الصور أعنى فيما اذا كان الحبل ظاهرا والاعتراف ثابتا أو لم يكن بشهادة امرأة واحدة وفسر فى شرح الكافى المرأة الواحدة بالقابلة اه (قوله اذ معنى الفراش أن تتعين المرأة للولادة لشخص واحد) حتى ان كل ولد يحدث منها يثبت نسبه منه اه (قوله فى هذه الصور) الذى فى خط الشارح فى جميع هذه الصور وانما الخ اه (قوله فعند أبى حنيفة يثبت به فى الصور الثلاث) أى المذكورة فى المتن اه

شهادة الرجلين ولا يفسقان بالنظر الى العورة إما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد أو للضرورة كما فى شهود الزنا وقوله أو تصديق الورثة أى يثبت نسب ولد المعتدة عن وفاة بتصديق الورثة كلهم أو بعضهم ومعناه أن يصدقوها فيما قالت ولم يشهدوا به وهذا الثبوت فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم ويثبت فى حق غيرهم أيضا استحسانا وان كان القياس يأباه لما فيه من حمل النسب على الغير وهو الميت وجه الاستحسان أنهم قائمون مقام الميت فيقبل قولهم وهذا لان ثبوت نسبه باعتبار فراشه فى الحقيقة وهو باق بعد موته لبقاء العدة فيقبل قولهم ويثبت فى حق غيرهم أيضا اذا كانوا من أهل الشهادة بأن كان فيهم رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيشارك المصدقين والمكذبين جميعا ويشترط لفظ الشهادة فى مجلس الحكم عند بعضهم لانه لا يثبت فى حق الكل الا به والصحيح أنه لا يشترط لفظ الشهادة ولهذا اشترط التصديق فى المختصر دون لفظ الشهادة وهذا لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم والتبع يراعى فيه شرائط المتبوع لا شرائط نفسه على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (والمنكوحة لستة أشهر فصاعدا وان سكت وان جحد فبشهادة امرأة على الولادة) أى يثبت نسب ولد المنكوحة اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج وان لم يعترف به وان جحد الولادة يثبت بشهادة القابلة على الولادة لان الفراش قائم والمدة تامة فوجب القول بثبوته اعترف به أو سكت او انكر حتى لو نفاه لا ينتفى الا باللعان لانه ولد المنكوحة ولا يقال كيف يجب اللعان بنفى نسب يثبت بشهادة المرأة وهو حد على ما عرف فى موضعه لانا نقول النسب لم يثبت بشهادة النساء وانما ثبت بها تعيين الولد ثم ثبت النسب بعد ذلك بالفراش ضرورة كونه مولودا فى فراشه ثم نفيه يوجب اللعان كما لو أفطر فى رمضان بشهادة الواحد فانه يجب عليه الكفارة ضرورة ثبوت الرمضانية وان كان قول الواحد لا يقبل فى حق هذه الكفارة لانها كالحدود حتى تسقط بالشبهات وان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه ويفسد النكاح لاحتمال انه من زوج آخر بنكاح صحيح أو بشبهة وكذا لو أسقطت لاقل من أربعة أشهر اذا كان قد استبان خلقه لانه لا يستبين الا فى مائة وعشرين يوما قال رحمه الله (فان ولدت ثم اختلفا فقالت نكحتنى منذ ستة أشهر وادعى الاقل فالقول لها وهو ابنه) لان الظاهر يشهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح فان قيل الظاهر يشهد له أيضا لان الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات والنكاح حادث قلنا النسب مما يحتال لاثباته احتياطا لاحياء الولد ألا ترى أنه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق وسائر التصرفات لا تثبت به ويجب أن يستحلف عندهما لا عند أبى حنيفة لان الاختلاف هنا فى النسب والنكاح وهو من الستة المختلف فيها وموضعها الدعاوى قال رحمه الله (ولو علق طلاقها بولادتها وشهدت امرأة على الولادة لم تطلق) عند أبى حنيفة وقالا تطلق لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ألا ترى أنها تقبل على الولادة فكذا ما ينبنى عليها وهو الطلاق وله أنها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة لان قبول شهادة النساء فى الولادة ضرورية فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ليس من ضرورات

(قوله أو للضرورة) قال صدر الشريعة رحمه الله أو شهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان بأن دخلت المرأة بيتا ولم يكن معها ولا فى البيت أحد والرجلان على الباب حتى ولدت وعلما الولادة برؤية الولد أو سماع صوته اه (قوله فيقبل قولهم ويثبت فى حق غيرهم) يعنى المنكرين من الورثة وغريم الميت فاذا كان المصدقون من أهل الشهادة بأن كانوا ذكورا أو ذكورا وإناثا يثبت النسب فى حق غيرهم حتى يشارك الولد المنكرين أيضا فى الارث ويطالب غريم الميت بدينه اه اتقانى (قوله بأن كان فيهم) أى فى الورثة اه (قوله ويشترط لفظ الشهادة) أى من الورثة اه (قوله لانه) أى النسب اه (قوله لا شرائط نفسه) كثبوت الاقامة من الجند اذا كانوا فى المفازة أو البحر مقيمين تبعا للسلطان لم اذا نوى الاقامة فى المصر ولم يراع الاقامة فى حقهم وهو ثبوت المدر تبعا اه اتقانى (قوله فى المتن والمنكوحة) بالجر عطفا على ما قبله اه (قوله وان جحد فبشهادة امرأة على الولادة) قال الاتقانى وكذلك لو قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة على الولادة ثبت النسب وصارت الجارية أم ولد لان شهادة القابلة فى الولادة وتعيين الولد صحيحة فيثبت النسب بدعوة الرجل بقوله فهو منى ثم أمومية الولد تابعة لثبات النسب فتثبت الامومية أيضا اه (قوله يثبت نسب ولد المنكوحة اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر) قال محمد فى الجامع الصغير فى امرأة ولدت فقال الزوج لم تلديه فشهدت به المرأة فنفاه الزوج لاعن وأراد بامرأة واحدة حرة مسلمة وبه صرح فى المبسوط اه اتقانى أما اذا ولدته لاكثر من ستة أشهر فظاهر وكذا اذا ولدته لستة أشهر لاحتمال أنه تزوجها وهو عليها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط فى اثباته فيثبت اه (قوله فى المتن فالقول لها وهو ابنه) ولا يبطل النكاح بهذا الكلام وان دام الزوج على ذلك وبه صرح البزدوى فى شرح الجامع الصغير لان الشرع لما ألزمه النسب صار مكذبا شرعا لكن قال لامرأته وهى معروفة النسب هذه بنتى ودام عليه أن النكاح لا يبطل فكذا هنا اه اتقانى (قوله فى المتن ولو علق طلاقها بولادتها) أى لو قال لامرأته ان ولدت فأنت طالق فقالت ولدت وشهدت القابلة بالولادة ولم يقر الزوج بالحبل ولم يكن الحبل ظاهرا لم تقبل للطلاق لانها ادعت الحنث فيحتاج الى حجة تامة ولم توجد وعندهما تقبل للطلاق اه رازى

(قوله ولو بظل مغزل) والمغزل قال الصغانى فى مجمع البحرين رحمه الله والمغزل ما يغزل به قال الفراء والاصل الضم وانما هو من أغزل أى أدير وفتل اه وقال فى المصباح المنير والمغزل بكسر الميم ما يغزل به وتميم تضم الميم اه (قوله ولو بفلكة مغزل) وزان تمرة اه

الولادة اذ الطلاق ينفك عن الولادة فى الجملة وان صار من لوازمه هنا باتفاق الحال كمن اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة المجوسى قبلت شهادته فى حق حرمة اللحم لا فى حق الرجوع على البائع بالثمن قال رحمه الله (وان كان أقر بالحبل طلقت بلا شهادة) يعنى فيما اذا علق طلاقها بالولادة وكان قد أقر بالحبل قبل الولادة يقع الطلاق بقولها ولدت من غير شهادة أحد وهذا عند أبى حنيفة وقالا يشترط شهادة القابلة لانها تدعى الحنث فلا يقبل قولها بدون الحجة وشهادة القابلة حجة فى مثله على ما بينا وله أن الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها فى رد الامانة وعلى هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهرا أما عندهما فظاهر لانها مدعية فلا بد من اقامة البينة وأما عنده فلان الطلاق معلق بأمر كائن لا محالة فيقبل قولها فيه ذكره فى النهاية وغيره قال رحمه الله (وأكثر مدة الحمل سنتان) وقال الشافعى أربع سنين وهو المشهور من مذهب مالك وابن حنبل وقال ربيعة سبع سنين وقال الليث بن سعد ثلاث سنين وقال عباد بن العوام خمس سنين وعن الزهرى ست سنين وقال أبو عبيد ليس لاقصاه وقت يوقف عليه وتعلقوا فى ذلك بحكايات الناس وهى ما روى أن الضحاك بقى فى بطن أمه أربع سنين فولدته أمه وقد نبتت ثناياه وهو يضحك فسمى بذلك وقال مالك حين بلغه حديث عائشة رضى الله عنها سبحان الله هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين وابن عجلان نفسه بقى فى بطن أمه أربع سنين ذكره الشافعى وعن ابن عجلان أن امرأته وضعت لاربع سنين ومرة لسبع سنين ولنا قول عائشة رضى الله عنها ما يبقى الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل وهو محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأى ولان أحكام الشرع تبتنى على الاعم الاغلب وما زاد على ذلك فى غاية الندرة فلا تتعلق بها الاحكام والحكايات التى ذكروها غير ثابتة وهى فى نفسها متعارضة وليست بحجة شرعية فى نفسها فكيف تنبنى عليها ثبوت النسب أو نفيه وظل المغزل مثل لقلته لان ظله حال الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال وهو على حذف مضاف تقديره ولو بقدر ظل مغزل ويروى ولو بفلكة مغزل أى ولو بقدر دوران فلكة مغزل قال رحمه الله (وأقلها ستة أشهر) لما روى ان عمر رضى الله عنه هم برجم امرأة جاءت بولد لستة أشهر من وقت التزوج فقال له على لا سبيل لك عليها قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة أشهر ومثله يروى عن ابن عباس مع عثمان رضى الله عنهم وعليه اجماع المسلمين قال رحمه الله (ولو نكح أمة فطلقها فاشتراها فولدت لاقل من ستة أشهر منه) أى من وقت الشراء (لزمه والا لا) أى ان ولدت لاكثر من ستة أشهر لا يلزمه لانه لما طلقها وجبت عليها العدة ثم بالشراء لم تبطل العدة فى حق غيره وان بطلت بالنسبة اليه لحلها له بملك اليمين فاذا جاءت بولد بعد ذلك فان جاءت به لاقل من ستة أشهر فهو ولد المعتدة لتقدم العلوق على الشراء فيلزمه سواء أقر به أو نفاه وان كان لاكثر من ستة أشهر لم يلزمه لانه ولد المملوكة لتأخر العلوق عن الشراء فلا يلزمه الا بالدعوة وهذا اذا كان بعد الدخول ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الطلاق رجعيا أو بائنا وان كان قبل الدخول فان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يلزمه لما قلنا وان كان لاقل منه لزمه اذا ولدته لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج (١) أو لاقل منه من وقت الطلاق لان العلوق حدث فى حال قيام النكاح وان كان لاقل لا يلزمه لان العلوق سابق على التزوج وكذلك اذا اشترى زوجته قبل أن يطلقها فى جميع ما ذكرنا من الاحكام لان النكاح يفسد بالشراء ويكون معتدة فى حق غيره ان كان بعد الدخول حتى لا يجوز له أن يزوجها غيره ما لم تحض حيضتين فيكون ما جاءت به قبل ستة اشهر ولد المنكوحة وبعده ولد المملوكة لما بينا أن الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات ولا ينتقض هذا بما ذكر فى الزيادات أن رجلا قال

مصباح (قوله فى المتن فلو نكح أمة فطلقها) أى بعد الدخول وقول الشارح لانه لما طلقها وجب عليها العدة يفيد كونه بعد الدخول اذ لا عدة فى الطلاق قبل الدخول وقد قال الشارح بعد هذا وهذا اذا كان بعد الدخول اه وكتب ما نصه هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير أوردها الصدر الشهيد فى شرحه بهذه الصيغة ثم قال يريد به اذا طلقها بعد الدخول بها فانه لو كان الطلاق قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا أن تجىء به لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق وقلده بعض الشارحين ولنا فيه نظر لان الطلاق قبل الدخول بائن والحكم فى المبانة أن نسب ولدها يثبت الى سنتين من وقت الطلاق اه اتقانى (قوله أى ان ولدت لاكثر من ستة أشهر) فيه ما مر لك عند قوله والمعتدة وصواب العبارة أن يقول أى ان ولدت لستة أشهر فأكثر والله الموفق (قوله ثم بالشراء تبطل العدة فى حق غيره) يعنى حتى لو أراد سيدها بعد الشراء أن يزوجها الآخر ليس له ذلك حتى تمضى عدتها منه اه (قوله وان كان لاكثر من ستة أشهر) أى من وقت الشراء اه (قوله لا يلزمه) يصدق بما اذا أتت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق ولاقل من ستة أشهر من وقت الشراء اه (قوله لما قلنا) يشير به لقوله آنفا لانه ولد المملوكة الخ الا أن لا يخفى أن هذا التعليل لا يصح فيما اذا أتت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق ولاقل منها من وقت الشراء مع أن قوله فان جاءت به لاكثر الخ صادق بما قدمته فتأمل اه (قوله وان كان لاقل منه) أى لاقل من أكثر من ستة أشهر اه

(١) قوله أو لاقل منه الخ هكذا بهامش بعض النسخ منقولة عن خط الشارح اه مصححه

لامرأتيه بعد الدخول بهما إحداكما طالق فولدت احداهما لاكثر من ستة أشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولاتتعين ضرتها للطلاق ولو أحيل الى أقرب الاوقات لتعينت وكذا اذا قال لامرأته ان حبلت فأنت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لم تطلق وكذا اذا جاءت المطلقة رجعيا بولد لاقل من سنتين لم يكن مراجعا لان الحوادث انما تضاف الى أقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى وفي هذه المسائل ذلك فلا يصار اليه لان في الاولى ازالة ملك النكاح وكذا في الثانية وفي الثالثة ترك العمل بما أوجبه الطلاق وهو البينونة عند انقضاء العدة وهذا اذا كان الطلاق واحدا وأما اذا كان ثنتين فيثبت نسب ما ولدته الى سنتين لان الامة تحرم بالطلقتين حرمة غليظة فلا يمكن اضافة العلوق الى ما بعد الشراء فلا يضاف الى أقرب الاوقات لعدم الامكان بل الى أبعدها حملا لامرها على الصلاح ولا يقال ينبغي أن تزول هذه الحرمة بملك اليمين لقوله تعالى أو ما ملكت ايمانكم لانا نقول قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره يوجب الحرمة فتعارضا فكانت الحرمة أولى ولهذا قلنا اذا ملك أمه من الرضاع لا تحل له ترجيحا لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم على المبيح قال رحمه الله (ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولده) لانه يثبت بدعوته والولادة تثبت بشهادة القابلة هذا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت قال ذلك لتيقننا بوجوده في ذلك الوقت وان ولدته لاكثر منه لا يلزمه لاحتمال العلوق بعده قال رحمه الله (ومن قال لغلام هو ابني ومات فقالت أمه أنا امرأته وهو ابنه) يعني بعد موته (يرثانه) والقياس أن لا يكون لها الارث لان النسب يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء بشبهة وبامومية الولد فلا يكون الاقرار به اقرارا بالزوجية لها وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بالحرية والاسلام وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المعتبر الموضوع للنسب فعند إقراره بالبنوة يحمل عليه ما لم يظهر خلاف ذلك كما يحمل عليه عند نفيه عن ابنه المعروف حتى وجب على النافي الحد واللعان ولم يعتبر احتمال الحاقه بغيره بالنكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة ولا يقال ان النكاح ثبت بمقتضى ثبوت النسب فيتقدر بقدر الحاجة لانا نقول النكاح غير متنوع الى نكاح موجب للارث والنسب والى غير موجب لهما فاذا تعين النكاح الصحيح لزم بلوازمه قال رحمه الله (فان جهلت حريتها فقال وارثه أنت أم ولد أبي فلا ميراث لها) لان الحرية الثابتة بظاهر الحال تصلح لدفع الرق ولا تصلح لاستحقاق الارث كاستصحاب الحال وعلى هذا لو قال الوارث انها كانت نصرانية وقت موت أبي ولم يعلم اسلامها فيه أو قال كانت زوجته وهي أمة ينبغي أن لا ترث لما قلنا وقالوا لها مهر المثل في مسئلة الكتاب لان الوارث أقر بالدخول عليها ولم يثبت كونها أم ولد والله أعلم

﴿باب الحضانة﴾

قال رحمه الله (أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها) وفي الكافي الا أن تكون مرتدة أو فاجرة وانما كانت أحق لان الامة أجمعت على أن الام أحق بالولد ما لم تتزوج يعني بزوج آخر وقد روى أبو داود باسناده أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينتزعه مني فقال عليه الصلاة والسلام أنت أحق به ما لم تنكحي ولان الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع ولايتها الى غيرهم فجعل ولاية التصرف في النفس والمال الى الآباء لانهم أقوى رأيا مع الشفقة الكاملة وأوجب النفقة عليهم لكونهم أقدر عليها وجعل الحضانة الى الامهات لانهن أشفق وأرفق وأقدر وأصبر على تحمل المشاق بسبب الولد على طول الاعصار وأفرغ للقيام بخدمته فكان في تفويض الحضانة اليهن وغيرها من المصالح الى الآباء زيادة منفعة على الصغير فكان

قال الاتقاني لما فرغ عن بيان النسب (٤٦) من المنكوحة والمعتدة شرع في بيان من تحضن الولد الذي يثبت نسبه اذا وقعت الفرقة ثم شرع في فصل بين فيه الغيبوبة بالولد عن المصر ثم شرع في فصل آخر ذكر فيه نفقة والدة هذا الولد وذكر في فصل آخر وجوب سكناها في دار مفردة ثم ذكر في فصل آخر أنواع من تجب لاجلها النفقة والسكنى بأن تكون المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن ثم ذكر في فصل آخر نفقة الولد لانه ولدها وفرعها فأخر ذكر نفقته عن نفقتها ثم لما وقع الكلام في النفقة انجر الى ذكر نفقة ذوي الارحام وذكرها في فصل ثم انجر الى ذكر نفقة المماليك وذكرها في فصل ختم به النفقات والله أعلم اه (قوله في المتن أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها) قال في الهداية واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام أحق بالولد قال الكمال رحمه الله هو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها لحقت أو لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهي أحق به وأما اذا لم تكن أهلا للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم الصغير وأما اذا كان الاب معسرا وأبت الام أن تربي الا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فان العمة أولى هو الصحيح اه (قوله أو فاجرة) أي غير مأمونة كافي اه رازي (قوله وحجري له حواء) وحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية اه فتح

حسنا

حسنا وأنظر للصغير فيكون مشروعا ولهذا قال أبو بكر لعمر حين فارق امرأته ريحها وسمها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ثم لا تجبر الام على الحضانة في الصحيح لاحتمال عجزها وهـذا لان شفقتها حاملة على الحضانة ولا تصبر عنه غالبا الا عن عجز فلا معنى للايجاب لوجود الحمل بدونه فلا تجبر عليه وقال في النهاية الا أن يكون للولد ذو رحم محرم غير الام فحينئذ تجبر على حضانته كيلا يضيع بخلاف الاب حيث يجبر على أخذه اذا امتنع بعد الاستغناء عن الام لان نفقته واجبة عليه قال رحمه الله (ثم أم الام) أى اذا لم يكن له أم بان ماتت أو تزوجت فام الام أحق لما روى أبو بكر بن أبى شيبة فى مصنفه أن عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ عمر ابنه عاصما فأدركته أم جميلة فأخذته فترافعا الى أبى بكر الصديق رضى الله عنه وهما متشبثان فقال لعمر خل بينها وبين ابنها أخذته ولان هذه الولاية تستفاد من قبل الام فكانت التى هى من قبلها أولى وان بعدت قال رحمه الله (ثم أم الاب) وان علت وقال زفر الاخت لاب وام أو لام أو الخالة أحق من أم الاب لانها تدلى اليه بقرابة الاب وهن يدلين بقرابة الام فكن أحق لان الحضانة تستحق باعتبار قرابة الام ونحن نقول هذه أم لان لها قرابة الولاد وهى أشفق فكانت أولى كالتى من جهة الام ولهذا تحرز ميراث الام كما تحرز تلك قال رحمه الله (ثم الاخت لاب وأم ثم لام ثم لاب) لانهن بنات الابوين فكن أولى من بنات الاجداد فتقدم الاخت لابوين ثم الاخت لام وعند زفر هما يشتركان لاستوائهما فيما يعتبر وهو الادلاء بالام وجهة الاب لا مدخل له فيه ونحن نقول تصلح للترجيح وان كان قرابة الاب لا مدخل لها فيه ثم الاخت لاب وفى رواية تقدم الخالة عليها لقوله عليه الصلاة والسلام الخالة والدة وقيل فى قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته ولانها تدلى بالام وتلك بالاب فكانت أولى باعتبار المدلى به وبنات الاخت لاب وأم أو لام أولى من الخالات واختلفت الروايات فى بنات الاخت لاب والصحيح أن الخالة أولى منهن وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخت لها حق فى الحضانة دون الاخ فكان المدلى بها أولى واذا اجتمع من له حق الحضانة فى درجة فأورعهم أولى ثم أكبرهم قال رحمه الله (ثم الخالات كذلك) لان قرابة الام أرجح فى هـذا الباب وقوله كذلك أى ينزلن مثل ما نزلت الاخوات ومعناه من كانت لام وأب أولى ثم لام ثم لاب لان من كان اتصاله من الجانبين أشفق ثم من كان لام أشفق والخالة أولى من بنت الاخ لانها تدلى بالام وتلك بالاخ قال رحمه الله (ثم العمات كذلك) يعنى كما ذكرنا من أحوال الاخوات وترتيبهن وبنات الاخ أولى من العمات ولا حق لبنات العمة والخالة فى الحضانة لانهن غير محرم قال رحمه الله (ومن نكحت غير محرمه سقط حقها) أى من تزوج ممن له حق الحضانة بغير محرم للصغير سقط حقها لما روينا ولان زوج الام يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر فى الدفع اليه بخلاف ما اذا كان الزوج ذا رحم محرم للصغير كالجدة اذا كان زوجها الجد أو الام اذا كان زوجها عم الصغير أو الخالة اذا كان زوجها عمه أو أخاه أو عمته اذا كان زوجها خاله أو أخاه من أمه لا يسقط حقها لانتفاء الضرر عن الصغير قال رحمه الله (ثم تعود بالفرقة) أى يعود حق الحضانة بالفرقة بعد ما سقط بالتزوج لزوال المانع

(قوله ولهذا قال أبو بكر لعمر حين فارق امرأته) وهى أم عاصم واسمها جميلة فخاصمها بين يدى أبى بكر لينتزع عاصما منها اهـ اتقانى (قوله وريقها خير له من الشهد) قال فى المصباح الشهد العسل فى شمعها وفيه لغتان فتح الشين لتميم وجمعه شهاد مثل سهم وسهام وضمها لاهل العالية اهـ وكتب ما نصه والصحابة كانوا حاضرين يعنى حين قال ذلك أبو بكر رضى الله عنه اهـ (قوله ثم لا تجبر) قال الكمال يعنى اذا طلبت الام فهى أحق به وان أبت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعى وأحمد والثورى ورواية عن مالك وفى رواية أخرى وهو قول ابن أبى ليلى والحسن بن صالح تجبر واختاره أبو الليث والهندوانى من مشايخنا لان ذلك حق الولد (٤٧) قال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن والمراد الامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر الشريفة التى لا عادة لها بالارضاع وتجبر التى هى ممن ترضع فان لم توجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدى غيرها أجبرت بلا خلاف ويجبر الوالد على أخذه بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى أن تعجز عنه لكن فى الكافى للحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان حق الولد أن يكون عند امه ما كان اليها محتاجا اهـ لفظه فافاد أن قول الفقيهين هو جواب الرواية واما قوله تعالى فسترضع له أخرى فليس الكلام فى الارضاع بل فى الحضانة قال فى النهاية ثم الام وان كانت أحق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا أن لا يوجد من يرضعه فتجبر اهـ ما قاله الكمال رحمه الله (قوله اذا لم يكن له أم) بان كانت غير أهل للحضانة أو (١) اهـ فتح (قوله أو تزوجت) يعنى بان تزوجت بغير محرم اهـ فتح (قوله واذا اجتمع من له حق الحضانة فأورعهم أولى الخ) قال الولوالجى بيان ان للصغير اخوة فأفضلهم أولى وان كانوا سواء فأكبرهم سنا لان الاكبر بمنزلة الاب وهو أكثر شفقة اهـ (قوله ولا حق لبنات العمة) قال [illegible] وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية اهـ وقال العينى فى شرحه الهداية ومن خطه نقلت وبنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات بمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية كذا فى المحيط اهـ

---

(١) قوله أو كذا فى الاصل ولعل هنا سقطا فحرر اهـ مصححه

كالناشزة تسقط نفقتها ثم اذا عادت الى منزل الزوج تجب وكذا الولاية تسقط بالجنون والارتداد ثم اذا زال ذلك عادت الولاية ثم اذا كان الطلاق رجعيا لا يعود حقها حتى تنقضي عدتها لقيام الزوجية قال رحمه الله (ثم العصبات بترتيبهم) أي اذا لم يكن للصغير امرأة تكون الحضانة للعصبات على ترتيبهم في الارث على ما عرف في موضعه يقدم الاقرب فالاقرب لان الولاية له غير أن الصغيرة لا تدفع الى غير محرم من الاقارب كابن العم ولا الى الام التي ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق ولا الى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة بخلاف الغلام واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى ذوي الارحام عند أبي حنيفة كاخ من أم وعم من أم وخال ونحوهم لان لهم ولاية الانكاح عنده فكذا الحضانة قال رحمه الله (والام والجدة أحق به) أي بالغلام (حتى يستغني وقدر بسبع سنين) وقال القدوري حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني والمعنى واحد وقدره الخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب وهو قريب من الاول بل عينه لانه اذا بلغ سبع سنين يستنجي وحده ألا ترى الى ما يروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبع سنين والامر بالصلاة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين لانه لا يستغني قبل ذلك عادة والفتوى على قول الخصاف والمراد بالاستنجاء وحده هو تمام الطهارة وهو أن يتطهر بالماء من غير أن يعينه أحد وقيل هو مجرد الاستنجاء وهو أن يطهر وحده عن النجاسات وان كان لا يقدر على تمام الطهارة وانما كان للاب أن يأخذه اذا بلغ هذا الحد لانه يحتاج الى التأدب والتخلق بأخلاق الرجال وآدابهم والاب أقدر على التأديب والتثقيف وان اختلفا في سنه فقال الاب ابن سبع وهي قالت ابن ست فان استغنى بان كان يأكل ويشرب ويلبس ويستنجي وحده دفع اليه والا فلا وان اختلفا في تزويجها فالقول لها وان اختلفا في الطلاق بعد التزوج فان كان الزوج غير معين فالقول قولها والا فلا قال رحمه الله (وبها حتى تحيض) أي الام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ والغسل والام أقدر على ذلك فاذا بلغت تحتاج الى التزويج والصيانة والى الاب ولاية التزويج وهو أقدر على الصيانة وهذا لانها صارت عرضة للفتنة ومطمعا للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فالاب أقدر على دفع خداع الفسقة واحتيالهم فكان أولى وفي نوادر هشام عن محمد اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق بها وهذا

(قوله أي اذا لم يكن للصغير امرأة الخ) واذا وجب الانتزاع من النساء أو لم يكن للصبي امرأة من أهله يدفع الى العصبة فيقدم الاب ثم أبو الاب وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم لاب وكذا من سفل منهم ثم العم لاب وأم ثم لاب اه كافي (قوله على ما عرف في موضعه) أي في الفرائض اه (قوله ولا الى مولى العتاقة) فلو كان المعتق أنثى تدفع اليها الانثى أيضا اه (قوله بخلاف الغلام) أي من حيث يدفع لمن ذكر قال الولوالجي ويدفع الذكر الى مولى العتاقة ولا تدفع الانثى فالصغير يدفع الى كل محرم وغير محرم والصغيرة لا تدفع الا الى محرم اه (قوله واذا لم يكن للصغير) قال في الكافي واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وأم ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية الانكاح عند أبي حنيفة في النكاح اه (قوله يدفع الى ذوي الارحام عند أبي حنيفة كاخ من أم الخ) أفاد أن المراد من ذوي الارحام هنا غير ذوي الارحام المذكورين في الفرائض فان ذا الرحم في الفرائض كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة فالاخ من الام ليس من ذوي الارحام (٤٨) لانه صاحب سهم وأما ذو الرحم هنا فالمراد به كل قريب ذي رحم محرم من المحضون وهو غير عصبة فان كلا ممن ذكره الشارح من الاخ للام والعم من الام والخال قريب ذو رحم محرم من المحضون وهو غير عصبة له وإنما فسرنا ذا الرحم هنا بما ذكرناه بدلالة التمثيل ولانا لو أجرينا قوله يدفع الى ذوي الارحام على اطلاقه ليشمل من كان ذا رحم من النساء ولم يكن محرما لتناقض مع قوله سابقا ولا حق لبنات العمة والخالة في الحضانة لانهن غير محرم فان قوله ولا حق لبنات العمة نكرة في سياق النفي فتعم فلا يكون لبنات العمة والخالة في الحضانة حق في حالة من الحالات والتعليل المذكور وهو قوله لانهن غير محرم يفيد أن حق الحضانة لا يستحقه من النساء الا من اتصفت بالمحرمية بخلاف ولاية الانكاح فانها لا تتقيد بالمحرمية وقد ذكر في البزازية ان بنت العمة لها ولاية الانكاح والحاصل أن ولاية الانكاح منوطة بالرحمية فقط وحق الحضانة منوط بالرحمية مع المحرمية هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة والله أعلم بالصواب صحيح (قوله ونحوهم) أي كابن أخ من أم اه (قوله والفتوى على قول الخصاف) لانه اذا بلغ ذلك أمكنه القيام بمصالح بدنه حتى لو اهتدى لاقامة مصالح بدنه قبل هذه يعتبر حاله ولا تعتبر المدة اه وجيز (قوله وهو أن يتطهر بالماء الخ) بأن يطهر وجهه بالماء وحده اه اتقاني (قوله وان كان لا يقدر على تمام الطهارة) وهو المفهوم من ظاهر ما ذكره الخصاف اه اتقاني (قوله وهي قالت ابن ست) لا يحلف واحد منهما ولكن ينظر في حاله اه خان (قوله وان اختلفا) يعني ان اختلفا في تزويجها فقال الزوج للام تزوجت بزوج آخر وأنكرت اه (قوله فان كان الزوج غير معين فالقول قولها والا فلا) لانها لم تقر لاحد بحق على نفسها ألا ترى أن كل من ادعى عليها النكاح بحكم هذا الاقرار لا يلزمها وان عينت الزوج لا يقبل قولها حتى يقر بذلك الرجل اه ولوالجي وكتب ما نصه قال الكمال فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقربه الزوج اه

صحيح لما ذكرنا من الحاجة الى الصيانة وبه يفتى فى زماننا لكثرة الفساق واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة فى قولهم وقدره أبو الليث بتسع سنين وعليه الفتوى قال رحمه الله (وغيرهما أحق بها حتى تشتهى) أى غير الام والجدة أحق بالجارية حتى تشتهى وفى الجامع الصغير حتى تستغنى لما ذكرنا من الحاجة ولان فى الترك عند من يحضنها نوع استخدام وغيرهما لا يقدر على استخدامها ولان المقصود هو التعليم وهو يحصل بالاستخدام وغيرهما لا يملك الاستخدام ولهذا لا يؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما على ذلك شرعا فيحصل المقصود وفى الكافى اذا خلع الرجل امرأته وله منها بنت احدى عشرة سنة فضمتها اليه وتخرج من بيتها فى كل ساعة وتترك البنت ضائعة فله أن يأخذها قال رحمه الله (ولا حق للامة وأم الولد ما لم يعتقا) لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى ولان حق الحضانة نوع ولاية ولا ولاية لهما على أنفسهما فلا يكون لهما ولاية على غيرهما فتكون الحضانة للمولى ان كان الصغير فى الرق ولا يفرق بينه وبين أمه اذا كانا فى ملكه على ما نذكر فى البيوع ان شاء الله تعالى وان كان حرا فالحضانة لاقربائه الاحرار على ما قدمنا واذا عتقتا كان لهما حق الحضانة فى أولادهما الاحرار لانهما وأولادهما أحرار أوان ثبوت الحق والمدبرة كالقنة لوجود الرق فيها والمكاتبة أحق بولدها المولود فى الكتابة لانه يصير داخلا فى كتابتها تبعا لها بخلاف المولود قبل الكتابة قال رحمه الله (والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل دينا) لان الحضانة تبتنى على الشفقة وهى أشفق عليه فيكون الدفع اليها أنظر له ما لم يعقل الاديان فاذا عقل ينزع منها لاحتمال الضرر ولا حق للمرتدة فى الحضانة لانها تحبس وتضرب فلا تتفرغ له ولا فى دفعه اليها نظر له قال رحمه الله (ولا خيار للولد) عندنا وبه قال مالك وقال الشافعى يخير وعند أحمد اذا بلغ سبع سنين يخير الغلام وتسلم الجارية الى الاب من غير تخيير لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان زوجى يريد أن يذهب بابنه وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها أتحاقنى فى ولدى فقال عليه الصلاة والسلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به رواه الترمذى وصححه وهذا نص على التخيير غير أن أحمد يقول هو نص فى الغلام ولا تقاس الجارية عليه لانها تحتاج الى الحفظ والتزويج دون الغلام ولنا أنه صغير غير رشيد ولا عارف بمصلحته فلا نعتمد اختياره كسائر تصرفاته ولانه لقصور عقله يختار من عنده الراحة والتخلية ولا يتحقق النظر فيه وقد صح أن الصحابة لم يخيروا ولا حجة لهم فى الحديث لانه لم يذكر فيه الفراق فالظاهر أنها كانت فى صحبته ألا ترى الى قولها ان زوجى يريد ولولا أنها فى صحبته لما قالت ذلك ويحتمل أنه كان بالغا هو الظاهر لانها قالت وقد سقانى من بئر أبى عنبة والذى يسقى من البئر هو البالغ ظاهرا أو هو حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به وليس فيه دليل على أنه يخير فى السبع لانه ليس فى الحديث ذكر عمره أولانه وفق ببركة دعائه عليه الصلاة والسلام لاختيار الانظر فلا يقاس عليه غيره ولانه عليه الصلاة والسلام أمرهما أولا بالاستهام وهو متروك اجماعا فكذا التخيير ومن العجب أنهم لا يعتبرون اختياره وهو اختيار لربه وهو نفع له ثم يعتبرون اختياره لاحد الابوين وهو ضرر عليه وهذا خلف ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد بالسكنى وليس لابيه أن يضمه الى نفسه بغير اختياره الا أن يكون مفسدا مخوفا عليه فحينئذ له أن يضمه الى نفسه بغير اختياره اعتبارا لنفسه بماله فاذا بلغ رشيدا لا يبقى للاب يد فى ماله فكذا فى نفسه واذا بلغ مبذرا كان له ولاية حفظ ماله فكذا له أن يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه فانه يعير بفساد ابنه وأما الجارية اذا كانت بكرا فلابيها أن يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانها لم تختبر الرجال ولم تعرف حيلهم فيخاف عليها الخداع منهم وأما الثيب فان كانت مأمونة لا يخاف عليها الفتن فليس له أن يضمها الى نفسه لانها اختبرت الرجال وعرفت كيدهم فأمن عليها من الخداع وقد زالت ولايته بالبلوغ فلا حاجة الى ضمه وان كانت مخوفا عليها فله أن يضمها اليه لما ذكرنا فى حق الغلام

(قوله واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة) قال قاضيخان للاب ولاية أخذ الجارية اذا بلغت حد الشهوة والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان اه (قوله وقدره أبو الليث بتسع سنين) قال فى الوجيز وعن أبى يوسف اذا بلغت الجارية حد الشهوة فالاب أحق بها وهى لا تشتهى حتى تبلغ تسع سنين وعليه الفتوى (قوله بخلاف المولود قبل الكتابة) أى فانه لا حق لها فيه اه (قوله بئر أبى عنبة) بكسر العين وفتح ما بعدها كذا ضبطه الشارح اه وفى شرح الكافى بئر أبى عتبة بالمثناة فوق وفى الاحكام والسنن بئر أبى عنبة بلفظ الحبة من العنب وهو الصحيح وهى بئر بقرب المدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منها اه مغرب وقوله وهى بئر بقرب المدينة الخ هذه البئر التى عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه عندها لما سار الى بدر اه ابن الاثير (قوله أتحاقنى فى ولدى) المحاققة المنازعة اه (قوله ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد الخ) قال الولوالجى اذا بلغ الصغير زال ولاية الاب عنه ولا حق للاب فيه ان كان مأمونا عليه وان كان مخوفا عليه له أن يضمه الى نفسه لما ذكرنا وكذلك الثيب البالغة وان اختلف الاب والثيب البالغة يسئل عن حالها فان كان كما يقول ضمها الى نفسه أما البكر فلابيها أن يضمها الى نفسه لانها سريعة الانخداع اه

(قوله فله أن يضمها اذا لم يكن مفسدا) قال الولوالجي الابن اذا بلغ يتخير بين الابوين فان أراد أن ينفرد له ذلك فان كان فاسقا يخشى عليه شيء فالاب أولى من الام وله أن يضمه معه الى نفسه لانه أقدر على صيانته فان كانت بنتا فأراد الاب أن يضمها مع نفسه ان كانت مأمونة ليس له ذلك لزوال ولايته عنه والاخ والعم لا يكون لهما ولاية الضم الى نفسه اذا كانت بنتا غير مأمونة وللاب ذلك والفرق

والجد بمنزلة الاب فيه وان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله أن يضمها اذا لم يكن مفسدا أما اذا كان مفسدا فلا يمكن من ذلك وكذا الحكم في كل عصبة ذي رحم محرم منها وكذلك البكر اذا طعنت في السن فان كان لها عقل ورأي ويؤمن عليها من الفساد فليس لغير الاب والجد أن يضمها اليه وان خيف عليها ذلك فللاخ والعم ونحوهما من العصبات أن يضمها اليه اذا لم يكن مفسدا وان لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبة أو كان لها عصبة مفسد فللقاضي أن ينظر في حالها فان كانت مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى سواء كانت بكرا أو ثيبا والا وضعها عند امرأة أمينة ثقة تقدر على الحفظ لانه جعل ناظرا للمسلمين قال رحمه الله (ولا تسافر مطلقة بولدها) لما فيه من الاضرار بالولد قال رحمه الله (الا الى وطنها وقد نكحها ثم) لانه التزم المقام فيه شرعا وعرفا قال عليه الصلاة والسلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا تصير الحربية به ذمية والمسافر مقيما على ما ذكره خواهر زاده وذكر في القنية أنه لا يكون مقيما وشرط في المختصر لجواز النقل شرطين أحدهما أن يكون وطنا لها والثاني أن يكون التزوج واقعا فيه حتى لو وقع التزوج في بلد وليس بوطن لها ليس لها أن تنتقله اليه ولا الى وطنها لعدم الامرين في كل واحد منهما وهو رواية كتاب الطلاق من الاصل وفي الجامع الصغير ان لها النقل الى مكان العقد لان العقد متى وقع في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملته حق امساك الاولاد والاول هو الاصح لان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمقام فيها عرفا فلا يكون لها النقل اليه كما لا يكون لها النقل الى وطنها اذا لم يقع التزوج فيه وحاصله أنه متى وجد الامران في مكان واحد جاز لها النقل اليه كيفما كان الا أن يكون دار الحرب فليس لها أن تنقله اليها لما فيه من الاضرار بالولد المسلم أو الذمي وعن أبي يوسف أنه اعتبر موضع الولادة لا غير حتى كان لها النقل الى موضع ولدته فيه لا الى غيره وان كان وطنا لها ووجد التزوج فيه رواها عنه الطحاوي رحمه الله تعالى هذا اذا كان بين الموضعين تفاوت وان تقاربا بحيث يتمكن من مطالعة ولده في يوم ويرجع الى أهله فيه قبل الليل جاز لها النقل اليه مطلقا في دار الاسلام ولا يشترط فيه وقوع التزوج ولا الوطن الا الى قرية من مصر لان الانتقال الى قريب بمنزلة الانتقال من محلة الى محلة في بلدة واحدة غير أن الانتقال من مصر الى قرية يضر بالولد لكونه يتخلق بأخلاق أهل القرى فلا تملك ذلك الا أن تكون وطنها ووقع العقد فيها في الاصح لما بينا وهذا الحكم في حق الام خاصة وليس لغيرها أن تنقله الا باذن الاب حتى الجدة والله أعلم بالصواب

﴿باب النفقة﴾

وهي مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك يقال نفقت الدابة تنفق نفوقا أي ماتت ونفقت الدراهم والزاد تنفق نفوقا أي نفدت وأنفق الرجل أي افتقر وذهب ماله وأنفقت الدراهم من النفقة ونفقت السلعة نفاقا بالفتح راجت وأنفق القوم نفقت سوقهم فكان الهلاك والرواج وفيها هلاك ورواج الحال في المصالح ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة بالقرابة والزوجية والملك فنبدأ بنفقة الزوجة لانها أنسب بما تقدم قال رحمه الله (تجب النفقة للزوجة على زوجها والكسوة بقدر حالهما) ولو مانعة نفسها للمهر ثبت ذلك بالكتاب والسنة والاجماع وضرب من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وأما السنة فما روي عن جابر بن

هو أن الاب والجد كان لهما حق الحجر في ابتداء حالها فجاز لهما أن يعيداها الى حجرهما اذا لم تكن مأمونة اه أما غير الاب والجد لم يكن لهما حق الحجر في ابتداء حالها فجاز لهما أن يعيداها الى حجرهما أيضا لكن يترافعون الى القاضي ليسكنها بين قوم صالحين لان القاضي ولاية على الناس ولو لم يترافعوا ربما ترتكب ما يلحقهم الضرر بذلك من العار وغير ذلك اه وقوله والاخ والعم لا يكون لهما ولاية الضم الى نفسه مخالف لما قاله الشارح وينبغي العمل بما قاله الشارح سيما في هذا الزمان والله الموفق اه (قوله وليس لغيرها أن تنقله الا باذن الاب الخ) وليس لام الولد اذا أعتقها أن تخرج الولد من المصر الذي فيه أبوه لان ولايه الاخراج بحكم العقد ولم يكن بينهما عقد اه ولوالجي

﴿باب النفقة﴾

قال الكمال رحمه الله النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت أو من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشري أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفي ونفذ وفي الشرع الادرار على الشيء بما به بقاؤه اه (قوله فنبدأ بنفقة الزوجة) الذي بخط الشارح فنبدأ اه قال الكمال فبدأ بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالنسب الابعد اه (قوله وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ويرجع الضمير الى الوالدات المتقدم ذكرهن قيل هن الزوجات وقيل هن المطلقات والاول هو الظاهر اه ف

عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر فى خطبته فى حجة الوداع فقال اتقوا الله فى النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن رواه مسلم وأبو داود وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شئ فلاهلك فان فضل شئ فلذى قرابتك الحديث رواه مسلم وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على أن النفقة والكسوة واجبتان للزوجة على زوجها وأما المعقول فلان النفقة تجب جزاء الاحتباس ومن كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه أصله القاضى والوالى والعامل فى الصدقات والمفتى والمقاتلة والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والوصى ولا فرق فى ذلك بين أن تكون مسلمة أو كافرة لاطلاق النصوص وقوله بقدر حالهما يعنى يعتبر حالهما فى النفقة حتى اذا كانا موسرين تجب عليه نفقة الموسرات وان كانا معسرين تجب عليه نفقة المعسرات وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا تجب عليه نفقة دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وقال الكرخى يعتبر حال الزوج لا غير لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقال تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقال تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها ومن اعتبر حالهما فقد ترك العمل بالكتاب بيانه أن الزوج اذا كان معسرا وهى موسرة فلو أوجبنا عليه فوق نفقة المعسرات لكان تكليفا بما لم يؤت وهو منفى بالنص ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد اعتبر حالها والحديث صحيح مذكور فى الصحيحين وما تلاه يقتضى اعتبار حال الرجل فاعتبرنا حالهما عملا بهما ونحن نقول فيما اذا كان هو فقيرا وهى موسرة يسلم لها قدر نفقة المعسرات فى الحال والزائد يبقى دينا فى ذمته فلا يكون تكليفا بما لم يؤت وكل جواب عرفته فى فصل النفقة من اعتبار حال الزوج أو حالها فهو الجواب فى الكسوة اذ المعنى لا يختلف وقد تعارض فيه نصان أيضا لان قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره المراد به الكسوة وحديث هند عام فيهما فقد تعارضا فيها فأعملناهما باعتبار حالهما ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو المنصوص عليه فى كفارة اليمين والمستحب للزوج الموسر وهى فقيرة أن يأكل معها لاظهار مكارم الاخلاق وحسن العشرة

(قوله واستحللتم فروجهن بكلمة الله) قيل هى كلمة لا اله الا الله وقيل هى الكلمة التى ينعقد بها النكاح اهـ شرح مسلم للقرطبى فى باب الحج اهـ (قوله وأما المعقول فلان النفقة تجب جزاء الاحتباس الخ) قال فى الهداية فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره قال الكمال أى لمنفعة ترجع الى غيره كانت نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر أنه فاسد رجع عليها بما أخذت أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضى فلا يرجع وفى الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فتزوجت منه فان لم يستبن ان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبى يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة وذكر فى موضع آخر لا تستحق النفقة عندهما أيضا لانه ممنوع من وطئها ولو أقر أنه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله فى المحرمات والله أعلم اهـ (قوله والمقاتلة) أى اذا قاموا بدفع عدو المسلمين اهـ فتح (قوله ولا فرق فى ذلك بين أن تكون مسلمة أو كافرة) قال فى الهداية النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها فى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها قال الكمال وقوله اذا سلمت نفسها فى منزله ليس شرطا لازما فى ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط أيضا وان كان لغير حق لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن أبى يوسف واختارها القدورى وليس الفتوى عليه وقول الشيخ الاقطع أبى نصر فى شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قدره على وجه يرفع الخلاف وهو أنه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هى تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضى ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها اهـ (قوله عملا بهما) أى بالكتاب والسنة اهـ (قوله وكل جواب عرفته فى فصل النفقة من اعتبار حال الزوج أو حالها فهو الجواب الخ) قال الكمال رحمه الله وان اختلفا فى اليسار والاعسار فالقول قول الزوج فى العسرة كذا فى الاصل وأشار شيخ الاسلام الى أن القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد فى الزيادات ومن المتأخرين من قال ينظر الى زيه الا فى العلوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضى أن يسأل عن يساره فى السر فليس ذلك على القاضى وان فعل فأتاه عنه انه موسر لم تفرض عليه نفقة الموسر الا أن يخبره بذلك عدلان انهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين فان أخبرا من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما فان أقامت الزوجة أنه موسر فأقام الزوج أنه محتاج أخذ بينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا فى كافى الحاكم اهـ (قوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط) قال فى الهداية وهو الواجب قال الكمال أى الوسط هو الواجب بعد اعتبار الحال والاوفق أنه لا يتمشى على جميع أقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل فى أواسط الحال وفى اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهو وسط فى اليسار وأما فى يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هى وسط فى اليسار وأما فى اعسارهما فتجب نفقة وسط فى الاعسار وهو بعيد

فانه اذا فرض أن اعسارهما غاية فى الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك والوجه أن المراد بالمعروف فى قوله صلى الله عليه وسلم خذى من ماله بالمعروف ما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف فى متوسطة الحال أن كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك بيساره وعند غاية اعسارها واعساره المعروف دون التوسط فيه والحاصل أن على الناظر اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض فى كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مأدوما اه (قوله فى المتن لا ناشزة) قيل لشريح هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم فقال جراب من تراب معناه لا نفقة لها اه اتقانى (قوله ولو كان يسكن فى المغصوب فامتنعت) (٥٣) قال قاضيخان الا اذا امتنعت ليحولها الى منزله أو يكترى لها منزلا فحينئذ تكون ناشزة اه

وقوله (ولو مانعة نفسها للمهر) أى النفقة واجبة لها وان منعت نفسها من التسليم حتى يسلم لها المهر المقدم وهو الذى تعورف تقديمه فى كل بلاد وزمان لانه منع بحق لتقصير من جهته فلا تسقط النفقة به وان كان بعد الدخول عند أبى حنيفة وعندهما الا اذا كانت دون البلوغ لعدم صحة تسليم الاب وهذا لان النفقة وان كانت جزاء الاحتباس عندنا لكن لا يشترط فيها حقيقة الاحتباس بأن ينقلها الى بيته بل الاحتباس المقدر كاف لوجوبها وذلك يوجد بمجرد العقد والتمكين ما لم يوجد منها الامتناع ظلما قال رحمه الله (لا ناشزة) أى لا تجب النفقة الناشزة وهى الخارجة من بيت زوجها بغير اذنه المانعة نفسها منه بخلاف ما لو كانت مانعته فى البيت ولم تمكنه من الوطء حيث لا تسقط النفقة به لقيام الاحتباس لان الظاهر أنه يقدر على وطئها وكذا العادة ألا ترى أن البكر لا توطأ الا كرها ولو كانا يسكنان فى ملك المرأة فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشزة الا أن تكون سألته النقلة لان الاحتباس فات لمعنى منه ولو كان يسكن فى المغصوب فامتنعت منه فلها النفقة لانها ليست بناشزة ولو عادت الناشزة الى منزل الزوج وجبت لها النفقة لزوال المانع قال رحمه الله (وصغيرة لا توطأ) يعنى لا تجب لها النفقة سواء كانت فى منزله أو لم تكن وقال الشافعى لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما فى المملوكة بملك اليمين وكونها مستمتعا بها لا تأثير له ألا ترى أنها تجب للحائض والنفساء والمريضة والرتقاء والعجوز التى لا يجامع مثلها ولنا أن المعتبر فى ايجاب نفقة الزوجات احتباس من ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعى له والصغيرة التى لا تصلح للجماع لا تصلح للدواعى أيضا فكان فوات منفعة الاحتباس لمعنى فيها فصارت كالناشزة بخلاف المستشهد به من المسائل التى ذكرت لان الانتفاع بهن حاصل فى الجملة من حيث الدواعى بان يجامعهن فيما دون الفرج أو من حيث حفظ البيت والمؤانسة بخلاف الصغيرة ولا يمكن اعتباره بملك اليمين لان النفقة فيه لاجل الملك لا لاجل الاحتباس ألا ترى أنه لا يسقط بالاباق وهذه تسقط بالنشوز وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تصلح للخدمة والاستئناس فنقلها الى بيته فليس له أن يردها وتستحق عليه النفقة فاعتبر منفعة الخدمة والاستئناس وذكر فى النهاية معزيا الى الذخيرة فى تعليل وجوب النفقة وقيل ان الصغيرة اذا كانت مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج يجب لها النفقة ولو كانت الصغيرة تصلح للجماع تجب نفقتها على الزوج بالاجماع لحصول المقصود واختلفوا فى حده فقيل بنت تسع سنين والصحيح أنه غير مقدر بالسن وانما العبرة للاحتمال والقدرة على الجماع فان السمينة الضخمة تحتمل الجماع وان كانت صغيرة السن واذا كان الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع وهى كبيرة تجب لها النفقة فى ماله لان العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها للعجز من قبلها فصار كالمجبوب والعنين اذا كان تحته صغيرة قال رحمه

وفى الفتاوى النسفى لو كان بسمرقند وهى بنسف فبعث اليها أجنبيا ليحملها اليه فأبت لعدم المحرم لها النفقة اه كمال رحمه الله (قوله وقال الشافعى لها النفقة لانها عوض عن الملك الخ) قال الاتقانى ولا نسلم أنها وجبت عوضا لانها لا تخلو إما أن تكون عوضا عن ملك البضع أو عن الاستمتاع ولا ثالث فمن ادعى فعليه البيان فلا يجوز الاول لان ملك البضع وقع المهر عوضا عنه فلا يجوز أن تكون النفقة عوضا عنه لانه لم يوجد فى الشرع عوضان عن معوض واحد ولا يجوز الثانى أيضا لان الاستمتاع وقع تصرفا فيما ملكه بالعقد فلا يجب شراء جزء غير ما أوجبه العقد كما فى استيفاء المنافع فى الاجارة فان قلت لو لم تكن عوضا عن الاستمتاع لم تسقط اذا تعذر الاستمتاع واللازم منتف فينتفى الملزوم قلت لا نسلم الملازمة لانها تجب للمريضة مع تعذر الاستمتاع فان قلت لو كانت تجب على وجه الصلة كما قلتم لم يحبس الزوج لاجلها قلت الملازمة ممنوعة لانتقاضها بنفقة ذوى الارحام لانها على وجه الصلة ومع هذا يحبس من وجبت عليه اذا امتنع اه (قوله ألا ترى أنها تجب للحائض والنفساء والمريضة الخ) قال فى شرح الطحاوى اذا مرضت مرضا لا تطيق الجماع أو كبرت ولا تطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن يمنع الجماع أو أصابها بلاء يمنع الجماع فان لها النفقة اه اتقانى (قوله والصحيح انه غير مقدر بالسن) قال فى الفتاوى الصغرى اذا كانت المنكوحة فى بيت الزوج لا تستحق النفقة حتى تبلغ مبلغ الجماع وتكلموا فى تفسير البلوغ مبلغ الجماع قال بعضهم اذا كانت بنت تسع سنين بلغت وان كانت بنت الخمس لا وفى السبع والست والثمان اذا كانت عبلة فقد بلغت والمختار أنها ما لم تبلغ مبلغ الجماع هكذا قال أبو الليث فى النوازل وعليه الفتوى انتهى صغرى فى باب النفقة (قوله وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها) قال الكمال وأكثر ما فى الباب

رحمه الله (ومحبوسة بدين ومغصوبة وحاجة مع غير الزوج ومريضة لم تزف) أي لا تجب لهن النفقة أما المحبوسة فلان الامتناع جاء من قبلها وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وذكر الكرخي أنها اذا حبست قبل النقلة فان كانت تقدر أن تخلي بينها وبينه في الحبس فلها النفقة وان كانت لا تقدر فلا نفقة لها ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لان المنع بعارض الزوال وهو غير مضاف اليها فلا يؤثر في اسقاط حقها كالحيض والنفاس وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي محمول على ما اذا كانت لا تقدر على قضائه أما اذا كانت تقدر فلم تقض حتى حبست فلا نفقة لها لانها هي التي حبست نفسها يروى هذا التفصيل عن أبي يوسف رحمه الله والمذكور في الجامع الصغير أنها لا تستحق النفقة مطلقا من غير فصل واستشهد محمد على ذلك بغصب العين المستأجرة من يد المستأجر حيث تسقط عنه الاجرة لفوات الانتفاع لا من جهته وعليه الاعتماد واذا هرب الزوج أو حبس بحق أو ظلم فلها النفقة لعدم المانع من جهتها وأما اذا غصبها غاصب فلانه قد فات الاستمتاع بها لا من جهة الزوج فلا تستحق النفقة وعن أبي يوسف أنها تستحق لما ذكرنا في المحبوسة وأما اذا حجت مع غيره فلما ذكرنا من أن فوات الاحتباس لا من قبله يوجب سقوط النفقة وعند أبي يوسف لها النفقة اذا حجت بعد تسليم نفسها لانها مضطرة فيه فلم تفت من جهتها باختيارها وقد ذكرنا أن الاحتباس اذا فات لا من جهتها لا يوجب سقوط النفقة عنده ويحتمل أن تكون هذه المسئلة مبنية على أن الحج يجب على الفور عنده فتكون مضطرة وعند محمد على التراخي فلا تكون مضطرة لكن يجب عليه نفقة الحضر عنده دون السفر لانها هي الواجبة عليه ولو كان زوجها معها في السفر تجب عليه نفقة الاقامة اجماعا ولا يجب عليه الكراء لان الزيادة على نفقة الاقامة لحقها بازاء منفعة تحصل لها فلا تكون عليه كالمداواة في مرضها وأما المريضة قبل النقلة الى منزل الزوج وهو المراد بقوله ومريضة لم تزف فلعدم الاحتباس لاجل الاستمتاع بها ولو سلمت نفسها وهي مريضة لا تجب لها النفقة ولو مرضت بعد التسليم تجب لها روى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله والقياس لا يجب عليه لما ذكرنا وجه الاستحسان أنه ينتفع بها انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو دواعيه والاستئناس بها وحفظ البيت والمانع على شرف الزوال فصار كالحيض والنفاس ولان النكاح يعقد للصحبة والالفة وليس من الالفة أن يمتنع من الانفاق عليها ويردها الى أهلها اذا مرضت وقيل ان أمكن الاستمتاع بها بوجه فعليه نفقتها والا فلا كالعبد الموصى بخدمته لانسان وبرقبته لآخر وروى عن أبي يوسف أنه ينفق عليها الا اذا تطاول بها المرض قال رحمه الله (ولخادمها لو موسرا) يعني يجب على الزوج نفقة خادمها اذا كان موسرا يعني اذا كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها وهو مملوك لها لانها لا بد لها من خادم يقوم بخدمتها ويهيئ أمر بيتها حتى تتفرغ لحوائجه فكما وجب عليه نفقتها يجب عليه نفقة خادمها والجامع أن نفقة كل واحد منهما لمنفعة تعود اليه ألا ترى أن القاضي لما وجبت نفقته في بيت المال تجب نفقة خادمه أيضا لما ذكرنا واختلفوا في هذا الخادم قيل هي جارية مملوكة لها وان كانت غير مملوكة لها لا تستحق النفقة للخادم في ظاهر الرواية كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق نفقة الخادم

أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهته قائم ومعه لا تستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ولا يخفى امكان عكس هذا الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فيحتاج والتحقيق أن النفقة لا تجب الا لتسليمها للاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير انتهى (قوله لفوات الانتفاع لا من جهته) وان لم يكن من جهة الآجر انتهى فتح (قوله أو حبس بحق) أي بحق يقدر على ايفائه أو لا يقدر انتهى فتح (قوله أو ظلم) أي وكذلك لو ارتدت أو أسلمت وأبى هو الاسلام أو طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة انتهى فتح (قوله لكن تجب عليه نفقة الحضر) بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فتجب دون نفقة السفر انتهى فتح (قوله تجب عليه نفقة الاقامة) أي لا نفقة السفر انتهى (قوله ولو سلمت نفسها وهي مريضة لا تجب لها النفقة) قال في الهداية وعن أبي يوسف رحمه الله أنها اذا سلمت نفسها اليه ثم مرضت تجب لها النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت قالوا لا تجب لان التسليم لم يصح هذا حسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه انتهى قال الكمال قوله هذا حسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله ان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض لا يخفى أن اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهو الاصح تعلقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فريعتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس باستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية ٢ قال في الاصل نفقة الزوجة انتهى (قوله في المتن ولخادم) والخادم واحد الخدام غلاما كان أو جارية كذا في ديوان الادب انتهى اتقاني (قوله اذا كان موسرا) واليسار يقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب

وجوب الزكاة كذا في الفتاوى الصغرى وغيرها انتهى اتقاني (قوله ولا يفرض لأكثر من خادم واحد) هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره الموسوم بالكافي وكذا ذكره الكرخي في مختصره بلا خلاف حيث قال فان كان لها خادم أو خدم فرض الحاكم لخادم واحد لا يزيد عليه فعن هذا قال صاحب النافع بلفظة عن فقال وعن أبي يوسف انه يفرض نفقة خادمين ولكن قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وعلى قول أبي يوسف يفرض نفقة خادمين كذا قال شمس الأئمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وصاحب المختلف فيه وفي التحفة وهذا الذي ذكروه عن أبي يوسف غير المشهور عنه لان المشهور من قوله كقولهما وبه صرح الطحاوي في مختصره ثم قال الطحاوي فيه وروى أصحاب الاملاء عنه انه قال ان المرأة ان كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد أنفق على من لا بد لها منه من الخدم ممن هو أكثر من الخادم الواحد أو الاثنين أو أكثر من ذلك قال وبه نأخذ اهـ اتقاني (قوله وزفت اليه بخدم كثيرة استحقت نفقة الجميع) لان هذا من المعروف لمثلها وهو الواجب في النفقة بالنص اهـ اتقاني (قوله وقال الشافعي يفرق بينهما لما روى الخ) اعلم أن التفريق بالعجز عن الانفاق عند الشافعي فسخ لا طلاق نص عليه في المبسوط اهـ اتقاني ثم اعلم أن العجز عن الانفاق لا يوجب التفريق عندنا ولكن مع هذا اذا فرق القاضي بينهما هل ينفذ قضاؤه أم لا قال الامام أبو حفص محمد بن محمود الاستروشني في الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات من كتاب الفصول واذا ثبت العجز بشهادة الشهود فان كان القاضي شافعي المذهب وفرق بينهما نفذ قضاؤه بالتفريق وان كان حنفيا لا ينبغي له أن يقضي بخلاف مذهبه لا اذا كان مجتهدا ووقع اجتهاده على ذلك فان قضى مخالفا رأيه من غير اجتهاد فعن أبي حنيفة في جواز قضائه روايتان ولو لم يقض ولكن أمر شافعي المذهب ليقضي بينهما في هذه الحادثة فقضى بالتفريق نفذ اذا لم يرتش الآمر والمأمور فان كان الزوج غائبا فرفعت المرأة الامر للقاضي وأقامت البينة أن زوجها الغائب عاجز عن النفقة وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما فان كان القاضي حنفيا فقد ذكرنا وان كان شافعيا ففرق بينهما فقال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصلين مجتهد فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة والقضاء على الغائب وكل واحد منهما مجتهد فيه وقال القاضي ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق لان القضاء على الغائب انما يجوز عند الشافعي وينفذ في احدى الروايتين عن أبي حنيفة اذا ثبت المشهود به وهنا لم يثبت المشهود به عند الشافعي وهو العجز لان المال غاد ورائح ومن الجائز أن الغائب صار غنيا ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة وكان الشاهد مجازفا في هذه الشهادة اهـ وقال صاحب الذخيرة الصحيح أنه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق

من بيت المال وهذا لان استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فاذا لم تملك فلا تستحق كالغازي اذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس ولو جاء بخادم يخدمها لم يقبل منه الا برضاها ومنهم من قال كل من يخدمها وهذا اذا كانت حرة وان كانت أمة فلا تستحق عليه نفقة الخادم وقيل اذا كانت من الارذال لا تستحق الخادم وان كانت حرة ولا يفرض لأكثر من خادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يفرض لخادمين أحدهما لمصالح داخل البيت والآخر لمصالح خارجه وهو نظير الاختلاف في الغازي اذا كان معه أكثر من فرس واحد وعن أبي يوسف اذا كانت فائقة في الغنى وزفت اليه بخدم كثيرة استحقت نفقة الجميع ولهما أن الواحد يقوم بالامرين فلا حاجة الى الآخر فيما يرجع الى الكفاية وانما هو للزينة ووجوب النفقة باعتبار الكفاية لا باعتبار الزينة والتجمل وهو لو قام بخدمتها بنفسه كان يكفي ولم يلزمه نفقة الخادم فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه ويلزمه من نفقة الخادم أدنى الكفاية ولو كان الزوج معسرا لا يجب عليه نفقة خادمها وان كان لها خادم فيما روى الحسن عن أبي حنيفة خلافا لمحمد هو يقول انها اذا كان لها خادم لم تكتف بخدمة نفسها فتجب عليه نفقته كما لو كان موسرا والاول أصح لان المعسرة تكتفي بخدمة نفسها واستعمال الخادم لزيادة التنعم فتعتبر في حالة اليسار دون الاعسار ولو اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قوله الا أن تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل قال رحمه الله (ولا يفرق بعجزه عن النفقة وتؤمر بالاستدانة عليه) وقال الشافعي يفرق بينهما لما روى أبو هريرة رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام ابدأ بمن تعول فقال من أعول يا رسول الله قال امرأتك تقول أطعمني أو فارقني جاريتك تقول أطعمني واستعملني ولدك يقول الى من تتركني رواه البخاري ومسلم وروى الدارقطني عن أبي هريرة في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما وكتب عمر رضي الله عنه الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ولان الواجب عليه الامساك بالمعروف وقد فات ذلك بالعجز عن النفقة فتعين التسريح بالاحسان فصار كالجب والعنة بل أولى لان البدن لا بقاء له بدون النفقة ويبقى بدون الجماع ألا ترى أنه يؤمر بالانفاق على المملوكة بملك اليمين وبيعها عند العجز أو الاباء ولا يؤمر بالجماع وكذا منفعة الجماع مشتركة بينهما ومنفعة النفقة تختص بها فكان فوقه ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة يدخل تحته كل معسر وقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا دليل على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالانفاق فلا يجب عليه الانفاق في هذه الحالة ولان في التفريق ابطال الملك على الزوج وفي الامر بالاستدانة تأخير حقها وهو أهون من الابطال فكان أولى ولا حجة له في حديث أبي هريرة لانهم قالوا له

سمعت

سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبي هريرة رواه البخاري كذلك عنه في صحيحه ولانه ليس فيه الاحكاية قول المرأة أطعمني أو فارقني وليس فيه دلالة على أن الفراق واجب عليه اذا طلبت ذلك وكذا الحديث الثاني لا يلزمنا لانه لان في طريقه عبد الباقي بن قانع وقال البرقاني في حديثه نكرة وقال أيضا هو ضعيف عندنا وضعفه غيره ولا يمكن الاحتجاج بكتاب عمر أيضا لان مذهبه اسقاط طلبها من المعسر ذكره ابن حزم وقال صح ذلك عنه وكتابه أيضا كان الى القادرين على النفقة ولهذا أمرهم أن يوفوا بالبقية من النفقة الماضية ولا يمكن قياسها على الجب والعنة لانهما يفوت بهما المقصود بالنكاح وهو التوالد والمال تابع فلا يلحق بما هو أصل ولانها لا تفوت بل تتأخر وتبقى دينا في ذمته فيمكن تداركها في الاخرة فلا تكون معارضة لابطال حقه من الملك وفي الجب والعنة لا يمكن ذلك فتعارض الحقان فترجح حقها لانه أصدق من حقه اذ لا حاجة له اليها فيما يرجع الى المقصود بالنكاح وبهذا يجاب عن نفقة الامة اذ لا يمكن تداركها الان المملوك لا يكون له دين على سيده فتعين البيع ولان سقوط حقه في الرقبة الى بدل وهو الثمن وسقوط حق العبد في النفقة لا الى بدل فكان البيع أهون لانه كلا فائت حتى لو كانت الامة أم ولده لا يعتقها القاضي عليه لما فيه من ابطال حقه بلا عوض وبهذا تبين أن الامساك بالمعروف لم يفت لان كل واحد مخاطب بما عنده لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وليس له قدرة الا على الالتزام في الذمة فيجب المصير اليه الى الميسرة بالنص ولهذا وجب المصير اليه في حق المهر والنفقة المجتمعة عن الماضي وفائدة الامر بالاستدانة مع فرض القاضي النفقة أن يمكنها احالة الغريم على الزوج فيطالبه به بخلاف ما اذا كانت بغير أمره حيث تطالب هي ثم ترجع به على الزوج ولا تحيل عليه الغريم لعدم ولايتها عليه وذكر الخصاف أن تفسير الاستدانة هو الشراء بالنسيئة لتقضي الثمن من مال الزوج وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ موسر فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف فتبين بهذا أن الاستدانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على كل من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على انفاقهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب اذا أيسر بخلاف نفقة أولاده الكبار حيث لا يرجع عليه بعد اليسار لانها لا تجب مع الاعسار فكان كالميت قال رحمه الله (وتتم نفقة اليسار بطروه وان قضى بنفقة الاعسار) يعني اذا كان ينفق عليها نفقة المعسر لاعساره ثم أيسر تتم لها نفقة الموسر بطرو اليسار أي بحدوثه وان كان الاول بالقضاء لان القضاء به لعذر الاعسار فاذا زال العذر بطل ذلك كالمكفر بالصوم اذا وجد رقبة بطل صومه وتقدم الفرض لا يمنع الاتمام بعده لانه تقدير لنفقة لم تجب وهذه المسئلة تستقيم على قول الكرخي حيث اعتبر حال الرجل فقط ولم يعتبر حال المرأة أصلا وهو ظاهر الرواية ولا يستقيم على ما ذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون فيه نوع تناقض من الشيخ لان ما ذكره الشيخ في أول الباب هو قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي قال رحمه الله (ولا تجب نفقة مضت الا بالقضاء أو الرضا) أي اذا مضت مدة ولم ينفق عليها الزوج فلا شيء لها من ذلك الا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار منها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة فلا تملك الا بالقبض كرزق القاضي وقال الشافعي رحمه الله يصير دينا بلا قضاء ولا رضا لانها عوض عن الملك كالمهر قلنا لو كان عوضا عن الملك لوجب جملة واحدة كالمهر وثمن المبيع ولانه مضمون بالمهر فلا يكون مضمونا بغيره كيلا يقع العوضان على معوض واحد ولانه لو كان عوضا لا يخلو اما أن يكون عوضا عن الملك أو عن الاستمتاع به والاول منتف لما ذكرنا وكذا الثاني لان الاستمتاع تصرف في المملوك فلا يستحق عوضا ولكن لما وقع الاحتباس لاجله ليتمكن من الاستيفاء وصيانة مائه أوجبت عليه النفقة

لا بعجز عن الانفاق فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر جاز قضاؤه اه (قوله ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس) وفي البدائع يضرب ولا يحبس اه (قوله لانه تقدير لنفقة لم تجب) لان النفقة تجب شيأ فشيأ في المستقبل فلا يتقدر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره قد زال فتزول بزواله اه فتح (قوله فيكون فيه نوع تناقض) رد هذا التناقض الرازي في شرحه وقد نقلت عبارته على هامش المتن اه (قوله في المتن ولا تجب نفقة مضت الا بالقضاء أو الرضا) قال في التتارخانية نقلا عن الفتاوى النسفية ولو فرض القاضي نفقة العدة فلم تأخذ حتى انقضت العدة هل تسقط النفقة كما تسقط بالموت قال بعضهم لا تسقط وذكر شمس الائمة الحلواني اذا فرض القاضي للمرأة نفقة العدة فلم تستوف حتى مات أحد الزوجين تسقط وكذا اذا انقضت عدتها قبل القبض اه (قوله اذا مضت مدة ولم ينفق عليها الزوج فلا شيء لها) يعني مات غاب عنها زوجها أو كان حاضرا وامتنع اه فتح (قوله لان النفقة صلة فلا تملك الخ) قال الكمال والحاصل أن نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض أو باصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار دينا في ذمته اذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير دينا عليه الا ان كانت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الاصح والله أعلم (قوله وقال الشافعي يصير دينا بلا قضاء ولا رضا) وبه قال مالك وأحمد اه ع

(قوله وباعتبار حق الشرع صلة) قال الرازي وإذا كان من الصلات لا يستحكم الوجوب إلا بالقضاء أو بالرضا اهـ (قوله لما تمكنت من الأخذ أصلا) وهذا حق وقد تم الوجه اهـ فتح (قوله في المتن وبموت أحدهما تسقط المقضية) قال في الغاية وتسقط في مدة مضت إلا إذا سبق فرض قاض أو رضا بشيء فتجب لما مضى ما داما حيين فإذا مات أحدهما أو طلقها قبل قبض سقطت اهـ ومثله في أصل الرقاة وقال قاضيخان رحمه الله في فتاويه وكما تسقط المفروضة بموت أحد الزوجين هل تسقط بالطلاق اختلفوا فيه قال بعضهم لا تسقط وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي وجدت رواية في السقوط وذكر البقالي أن على قول محمد تسقط ولا رواية عن أبي يوسف فيه وذكر شمس الأئمة الحلواني أن زاد الخصاف لسقوط النفقة المفروضة شيئا آخر فقال تسقط بموته وموتها وتسقط إذا طلقها أو أبانها اهـ كلام قاضيخان وسيأتي في كلام الشارح أن الصحيح أنها لا تسقط بالطلاق أي إذا أمرها القاضي بالاستدانة اهـ قوله قال في الفتاوى وتسقط أي نفقة الزوجة اهـ شمني وقوله فإن مات أحدهما أو طلقها قبل قبض سقطت أي وبعد فرض القاضي أو التراضي على شيء اهـ شمني وقوله لا تسقط المفروض إلا إذا استدانت بأمر قاض أي فإنها لا تسقط على الصحيح في المسئلتين قال في الذخيرة إذا أمرها يعني القاضي

كرزق القاضي لما كان مشغولا بحقوقهم وجب له النفقة من بيت مال المسلمين ألا ترى أن الاستيفاء أمر زائد على ما ورد عليه العقد وكذا الاحتباس فيجب مقابلته جزاؤه صلة والصلات لا تملك إلا بالقبض كالهبة والصدقة ولأن فيه حقين حق الزوج وحق الشرع فمن حيث الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح المعيشة حق الزوج ومن حيث تحصيل الولد وصيانة كل واحد منهما عن الزنا حق الشرع فباعتبار حقه عوض وباعتبار حق الشرع صلة فإذا تردد بينهما فلا يستحكم إلا بحكم القاضي أو باصطلاحهما لأن ولايتهما على أنفسهما فوق ولاية القاضي عليهما وذكر في الغاية أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط وعزاه إلى الذخيرة فكأنه جعل القليل مما لا يمكن التحرز عنه إذ لو سقطت بمضي يسير من المدة لما تمكنت من الأخذ أصلا قال رحمه الله (وبموت أحدهما تسقط المقضية) أي بموت أحد الزوجين تسقط النفقة المقضي بها لما ذكرنا أنها صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية وضمان العتق هذا إذا لم يأمرها بالاستدانة وإن أمرها القاضي بالاستدانة لم تسقط بالموت هو الصحيح ذكره في النهاية وهذا لأن هذه النفقة لها شبهان شبه بالصلة وشبه بالديون فإن أمرها بالاستدانة تسقط كسائر الديون وإن لم يأمرها بها سقطت كسائر الصلات عملا بالدليلين ولأن للقاضي ولاية عامة فاستدانتها بأمر القاضي كاستدانة الزوج وما لزم باستدانته لا يسقط بالموت فكذا باستدانتها بأمر القاضي فإن قيل أنتم قلتم فيما تقدم استحكم هذا الدين بحكم الحاكم فلا يسقط بمضي الزمان بعد ذلك فعلى هذا ينبغي أن لا تسقط بالموت أيضا لاستحكامه بالقضاء قلنا إن الموت يبطل الأهلية بالكلية حتى لا يتقرر منه الإنعام بعد ذلك فكان أقوى في إبطال الصلة فيحتاج فيه للاستحكام إلى زيادة تأكيد وهو الأمر بالاستدانة وفي حال الحياة لم تبطل الأهلية فيستحكم بمجرد التأكيد وهو القضاء بها وكذا لا تسقط بالطلاق في الصحيح لما ذكرنا قال رحمه الله (ولا ترد المعجلة) أي لا ترد النفقة المعجلة بموت أحدهما بأن أسلفها نفقة سنة مثلا ثم مات أحدهما لا يسترد ذلك وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي يسترد منها وبه قال الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة هداية ولأنها أخذت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس فتبين أن لا استحقاق لها

بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات أحدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد في مختصره وذكر الخصاف أنه يبطل أيضا والصحيح ما ذكر في المختصر لأن استدانتها بأمر القاضي وللقاضي ولاية عليهما فصار بمنزلة استدانته بنفسه وهي لا تسقط بالموت وكذلك في مسئلة الطلاق يجب أن يكون على الروايتين في رواية لا تسقط وهو الصحيح اهـ شرح النقاية للشيخ قاسم اهـ (قوله بموت أحد الزوجين تسقط النفقة) قال الرازي بخلاف ما إذا أمرها القاضي بالاستدانة فإنها لا تسقط بالموت لأن لها زيادة تأكيد بأمر القاضي بالاستدانة فلا تسقط بخلاف ما إذا لم يأمرها بالاستدانة فإنها لا تتأكد تأكيدها فتسقط وعند الشافعي لا تسقط لأنها عوض عنده والأعواض عليه لا تسقط بالموت اهـ (قوله لما ذكرنا أنها صلة) الصلة بذل مال شرعه الشارع من غير أن يكون عوضا للشيء اهـ (قوله وإن أمرها القاضي بالاستدانة الخ) فاستدانت ثم مات الزوج لا يبطل الرجوع في هذا الدين وبه صرح في شرح النفقات وعلل وقال لأنها لما استدانت بأمر القاضي جعل كأن الزوج هو الذي استدان ولو كان هو استدان بنفسه ثم مات لا يسقط عنه الدين كذا هذا اهـ اتقاني (قوله فإن قيل أنتم قلتم فيما تقدم استحكم هذا الخ) وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة اهـ فتح (قوله لاستحكامه بالقضاء) أي كالهبة المقبوضة اهـ فتح (قوله أي لا ترد النفقة المعجلة الخ) سواء كانت قائمة أو مستهلكة استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اهـ اتقاني (قوله وما بقي يسترد منها) وكذا يسترد قيمة المستهلك ولا يرد قيمة الهالك بالاتفاق اهـ فتح قال الاتقاني وقال محمد يسترد بقدر ما بقي من المدة سواء كانت قائمة أو مستهلكة قياسا كذا في شرح الطحاوي وغيره ولكن ذكر الخصاف في كتاب النفقات الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر خلاف أبي حنيفة وكذلك ذكره الولوالجي أيضا في فتاواه وفي عامة نسخ أصحابنا مثل شرح الكافي لشمس الأئمة السرخسي وشرح الطحاوي للإمام الإسبيجابي والمختلف والتحفة وخلاصة الفتاوى ذكر قول أبي حنيفة مع أبي يوسف وقال في الخلاصة والفتوى على قول أبي يوسف اهـ

عليه فترده كما اذا ادعى على شخص دينا فقضاه ثم تصادقا أن لا دين عليه فانه يرد المقبوض وكما اذا أسلفها نفقة سنة ثم ماتت قبل أن يتزوجها وكرزق القاضي والمقاتلة اذا أسلف ثم مات قبل المدة ولنا أنها صلة اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف مسئلة التصادق فان المقبوض هناك مضمون على القابض ألا ترى أنه يرجع عليه وان هلك وهنا يسقط الرجوع بالهلاك اجماعا وبخلاف التعجيل قبل التزوج لانه لم يصح لعدم سببه ولهذا لا يلزم وهنا وقع صحيحا لازما ورزق القاضي ممنوع لانه على الخلاف ولئن سلم فالفرق بينهما أن تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يجيء بعده من قضاة المسلمين قال رحمه الله (ويباع القن في نفقة زوجته) ومعناه اذا تزوجها باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة بخلاف ما اذا كان بغير اذنه لان النكاح لم يصح فلم تجب النفقة فيه ولو دخل بها لا يباع أيضا في المهر لان وجوب المهر لم يظهر في حق المولى لكونه محجورا عليه وانما يطالب بعد الحرية وللمولى أن يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات سقط لما ذكرنا أن الصلات تملك بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وكذا اذا قتل تسقط في الصحيح وقيل لا تسقط لانه أخلف القيمة فينتقل اليه كسائر الديون وانما تسقط أن لو فات المحل لا الى خلف كالعبد الجاني اذا قتل بالجناية وهذا ليس بشيء لان الدين انما ينتقل الى القيمة اذا كان دينا لا يسقط بالموت وهذا يسقط بالموت على ما بينا فكيف ينتقل اليها ولو اجتمع عليه نفقة أخرى بعدما بيع مرة بيع ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وليس من الديون ما يباع فيه مرارا الا دين النفقة وغيره من الديون يباع فيه مرة فان أوفى الغرماء والا طولب به بعد الحرية والفرق أن دين النفقة يتجدد في كل زمان فيكون دينا آخر حادثا بعد البيع ولا كذلك سائر الديون ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد لا يباع بالنفقة لعدم جواز البيع الا أن المكاتب اذا عجز يباع لانه يقبل النقل بعد العجز قال رحمه الله (ونفقة الامة المنكوحة انما تجب بالتبوئة) لان الاحتباس لا يتحقق الا بها وتبوئتها أن يخلي بينها وبين زوجها ولا يستخدمها لان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها لمصالح الزوج وذلك يحصل بالتبوئة وان استخدمها بعد التبوئة سقطت نفقتها لزوال الموجب فان خدمته أحيانا من غير أن يستخدمها لا تسقط

(قوله ولا رجوع في الصلات بعد الموت) لانتهاء حكمها كما اذا مات الموهوب له بعد قبض الهبة وكما اذا كانت هالكة من غير استهلاك اه اتقاني قال الرازي قلنا انها صلة اتصل بها القبض وحق الاسترداد في الصلات ينقطع بالموت اه (قوله وهنا يسقط بالهلاك اجماعا) أي بيننا وبين الشافعي اه (قوله في المتن ويباع القن في نفقة زوجته الخ) قال في الهداية واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها معناه اذا تزوج باذن المولى قال الاتقاني وانما احتاج الى هذا التفسير لانه اذا تزوج بدون اذن المولى فلا نفقة عليه ولا مهر وبه صرح شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لان وجوب النفقة والمهر بعد صحة العقد وبدون اذن المولى لا يصح العقد وانما قيد بالحرة لان المرأة اذا كانت أمة لا تستحق النفقة قبل التبوئة ويجيء بيانها اه (قوله لانه دين وجب في ذمته الخ) قال الاتقاني وانما اوجبت النفقة دينا على العبد لان النفقة من أحكام العقد فيستوي فيها الحر والمملوك كالمهر وانما يباع في النفقة والمهر لان النكاح لما كان باذن المولى ظهر وجوب المهر والنفقة في حقه فتعلق برقبة العبد وأكسابه كما في ديون العبد المأذون الا أن يفديه المولى لان حق المرأة في النفقة لا في عين الرقبة فاذا أوفاها المولى نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك فلا يباع العبد وكذلك الحكم في المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى حرة أو أمة بعد التبوئة حيث تجب النفقة والمهر عليهما ولكنهما لا يباعان في المهر والنفقة لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك بل يؤمران بالسعاية اه قال الرازي فان كان مدبرا تتعلق النفقة بكسبه وكذا ان كان مكاتبا ما لم يعجز فان عجز بيع فيها اه قوله تتعلق النفقة بكسبه يعني لا برقبته لتعذر الاستيفاء منها اهـ (قوله ولو مات) أي العبد الذي تزوج باذن المولى اه اتقاني (قوله وغيره من الديون يباع فيه مرة) قال الولوالجي في فتاواه اذا بيع في المهر مرة وبقي شيء من المهر بان لم يف الثمن بكل المهر لا يباع مرة أخرى بل يتأخر الى ما بعد العتق والفرق بين النفقة والمهر أن العبد انما بيع في جميع المهر فلا يباع فيما بقي منه مرة أخرى بخلاف النفقة فانه يباع في النفقة المجتمعة لا في النفقات التي لم تصر واجبة بعد والنفقة تجب شيأ فشيأ فاذا اجتمعت مرة أخرى يباع فيها لان النفقة التي بيع فيها أولا غير هذه النفقة التي وجبت ثانية قال في الكافي للحاكم الشهيد وشرح الكافي للسرخسي وشرح الطحاوي والشامل اذا كان العبد أو المدبر ولد من امرأته لم يكن عليه نفقة الولد لانها ان كانت أمة فالولد ملك لمولاها ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حرا ولا تجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان مولاه أجنبي منه وكذلك المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو امة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها ولهذا كان كسب الولد لها وأرش الجناية عليه لها وميراثه لها وكذلك النفقة تكون عليها بخلاف ما اذا وطئ المكاتب أمته فولدت حيث تكون نفقة الولد على المكاتب لانه داخل في كتابته ولهذا يكون كسبه له وكذا أرش الجناية عليه له ولانه جزؤه فاذا تبعه في العقد كان نفقته عليه كنفقة نفسه اه اتقاني (قوله وتبوئتها) قال في المصباح وبوأته دارا أسكنته اياها وبوأت له كذلك اه (قوله ولا يستخدمها) بالنصب عطفا

النفقة لانه لم يستخدمها فلا يكون استردادا ولا فرق فى ذلك بين أن يكون زوجها حرا أو عبدا أو مدبرا أو مكاتبا لان المعنى الموجب هو التبوئة فلا يختلف باختلاف الازواج ولا يقال إن خدمة المولى مقدمة على حق الزوج شرعا حتى لا يجب عليه التبوئة فيكون حبسها نفسها بحق فينبغى أن يكون لها النفقة كالحرة اذا امتنعت من تسليم نفسها حتى يوفيها مهرها لانا نقول الحرة اذا منعت نفسها حتى يوفيها مهرها كان التفويت من جهته فلا تسقط النفقة بخلاف الامة فان التفويت فيها من جهة المولى فلا تستحق النفقة وكونه مقدما شرعا لا تأثير له فى عدم سقوط النفقة كما اذا حجت مع محرم وأم الولد والمدبرة كالقنة حتى لا تجب نفقتهن الا بالتبوئة بخلاف المكاتبة اذا تزوجت باذن المولى حيث تجب نفقتها قبل التبوئة كالحرة لان المولى ليس له استخدامها لصيرورتها أحق بنفسها ومنافعها فنقدر على تسليم نفسها شرعا كالحرة فتجب لها النفقة بمجرد العقد كالحرة ولو بوأ الامة بعد الطلاق ولم يكن بوأها قبله فلا نفقة لها خلافا لزفر رحمه الله لانها صارت محبوسة بحقه فتستحق النفقة قلنا لم تكن مستحقة عند الطلاق فلا تستحق بعده وان زوج أمته من عبده فنفقتها على المولى بوأها منزلا أو لم يبوئها لان نفقة المملوك على المالك قال رحمه الله (والسكنى فى بيت خال عن أهله وأهلها) أى تجب لها السكنى فى بيت ليس فيه أحد من أهله ولا من أهلها الا أن يختارا ذلك لان السكنى حقها اذ هى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبها الله تعالى مقرونا بالنفقة بقوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أى وأنفقوا عليهن من وجدكم وهكذا قرأها ابن مسعود واذا كان حقا لها فليس له أن يشرك غيرها فيها كالنفقة وهذا لان السكنى مع الناس يتضرران بها فانهما لا يأمنان على متاعهما ويمنعهما من الاستمتاع والمعاشرة الا أن يختارا ذلك لان الحق لهما فلهما أن يتفقا عليه ولو أسكن أمته معها ليس لها أن تمتنع من ذلك لانه يحتاج الى الاستخدام فلا يستغنى عنها ولو أخلى لها بيتا من دار وجعل له مرافق وغلقا على حدة كفاها لحصول المقصود بذلك فان اشتكت من الزوج الايذاء بسوء العشرة فان علم القاضى بذلك أو أخبره عدل نهاه عن ذلك ومنعه وفى الغاية عليه أن يسكنها عند جيران صالحين قال رحمه الله (ولهم النظر والكلام معها) أى لاهلها أن ينظروا اليها ويتكلموا معها أى وقت شاؤا ولا يمنعهم من ذلك لما فيه من قطيعة الرحم وليس عليه فى ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام معها وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة فى اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة وفى غيرهما

على قوله أن يخلى اه اتقانى (قوله فى المتن والسكنى فى بيت خال عن أهله) قال فى الهداية وان كان له ولد من غيرها ليس له أن يسكنه معها اه (قوله الا أن يختارا) بألف التثنية اه (قوله وأنفقوا عليهن من وجدكم) أى من غناكم اه (قوله فلا يستغنى عنها) غير أنه لا يطؤها بحضرتها كما أنه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة اه فتح (قوله ولو أخلى لها بيتا من دار الخ) قال فى الهداية ولو أسكنها فى بيت من الدار مفردة وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل قال الكمال اقتصر على الغلق فأفاد أنه وان كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضى الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الاجانب والذى فى شرح المختار ولو كانت فى الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله ان أخلى لها بيتا وجعل لها مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا ولو شكت أنه يضربها أو يؤذيها ان علم القاضى ذلك زجره وان لم يعلم سأل (٥٨) من جيرانه فان لم يوثق بهم أو كانوا يميلون اليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضى على خبرهم اه (قوله فى اللباث) بفتح اللام اه (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين الخ) قال الكمال ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو يحتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تعصيه مسلما كان الاب أو كافرا وفى مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من غير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها أن تخرج بغير رضاه وان لم تقع لها نازلة لكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسائل من مسائل الوضوء والصلاة ان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى أن يأذن لها أحيانا وان لم يأذن فلا شئ عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفى الفتاوى فى باب الغزاة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج فى حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان أعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا وكذا أبوها المجوسى والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنا عشر ولا تكون المرأة محرما الامرأة وحيث أبحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيخان فقال فى فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا خلافا لما يقوله بعض الناس وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة اه وعلى ذلك فلا خلاف فى منعهن من دخوله للعلم بأن كثيرا منهن مكشوف العورة اه

غيرهما من المحارم في كل عام هو الصحيح وقدره محمد بن مقاتل الرازي بشهر في المحارم قال رحمه الله (وفرض لزوجة الغائب وطفله وأبويه في مال له عند من يقر به وبالزوجية ويؤخذ كفيل منها) أي تفرض النفقة في مال الغائب بشرط أن يقر من عنده المال بالمال والزوجية وكذا يشترط اقرار من عنده المال بالنسب وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به وقال زفر لا يدفع اليها من الوديعة وتؤمر بالاستدانة عليه لان المودع مأمور بالحفظ دون الدفع ولنا أن صاحب اليد اذا كان مقرا بالمال والزوجية والنسب فقد أقر لهم بحق الاخذ لانهم لهم أن يأخذوا ما بأيديهم من ماله بغير رضاه وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما هنا فانه لو أنكر أحد الامرين لا يقبل بينتهم فيه لان المودع ليس بخصم عنه في اثبات الزوجية والنسب ولا هم خصم عنه في اثبات المال فاذا قبل اقراره في حق نفسه حتى يؤخذ منه تعدى الى غيره وهو الغائب ضرورة وكذا اذا كان المال في يد مضاربه أو دينا في ذمة الغريم وأقر بالمال والزوجية والنسب أو علم القاضي بذلك وان علم أحدهما إما النسب والزوجية أو المال يحتاج الى الاقرار بما ليس بمعلوم عنده هو الصحيح هذا كله اذا كان المال من جنس حقهم أي من النقود أو الطعام أو الكسوة أما اذا كان من خلافه فلا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى القضاء بالقيمة أو الى البيع وكل ذلك لا يجوز على الغائب والتبر بمنزلة الدراهم في هذا الحكم لانه يصلح قيمة للمضروب وان أخذ من المرأة كفيل فحسن احتياطا لجواز أنه قد كان عجل لها النفقة أو كانت ناشزة أو مطلقة قد انقضت عدتها فكان النظر له التكفيل بخلاف ما اذا قسمت التركة بين الورثة بالبينة حيث لم يؤخذ منهم كفيل عند أبي حنيفة لاحتمال أن يكون له وارث آخر والفرق أن المكفول له في النفقة معلوم وهو الزوج وفي الميراث مجهول وتحلف بالله مع التكفيل احتياطا لان من الناس من يعطي الكفيل ولا يحلف ومنهم من يحلف ولا يعطي الكفيل فيجمع بينهما احتياطا نظرا للغائب ولا يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء لان القضاء على الغائب لا يجوز فنفقة

(قوله في المتن وفرض) أي الاتفاق اهـ ع قال الرازي يعني اذا غاب شخص وله مال عند رجل وديعة أو مضاربة وهو مقر به وللغائب زوجة يقر المودع بزوجيتها فرض القاضي نفقتها من ذلك اهـ (قوله وأبويه) أي وكذا يفرض نفقة أولاده الكبار الزمنى والاناث اهـ اتقاني (قوله ويؤخذ كفيل منها) أي بالنفقة اهـ (قوله وكذا يشترط اقرار من عنده المال بالنسب) وكان ينبغي للمصنف أن يزيده فيقول عند من يعترف به وبالزوجية وبالنسب اهـ فتح بالمعنى (قوله وكذا اذا علم القاضي بذلك) أي بالزوجية وبأن المال للغائب اهـ (قوله ولم يعترف به) أي بكونها زوجته اهـ وكتب ما نصه أي صاحب اليد اهـ (قوله وهو الغائب ضرورة) أي لكون ما أقر به ملكه اهـ (قوله وكذا اذا كان المال في يد مضاربه) أي مضارب الغائب اهـ (قوله أما اذا كان من خلافه) كالدار والعبد والعروض اهـ اتقاني (قوله فلا تفرض النفقة فيه) وينفق عليها من غلة الدار والعبد لانها من جنس حقها اهـ اتقاني (قوله وتحلف بالله مع التكفيل الخ) قال الرازي وينبغي أن يحلفها أنها ما أخذت النفقة نظرا للغائب اهـ (قوله ولا يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء) أي لهؤلاء المذكورين من الزوجة والولد الصغار والوالدين والاولاد الكبار الزمنى والاناث يعني يقضى لهؤلاء بالنفقة في مال الغائب ولا يقضى لغيرهم كالاخ والعم وسائر ذوي الارحام وذلك لان نفقة هؤلاء تجب قبل القضاء وانما القضاء الايفاء والاعانة بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء لكونها مجتهدا فيها لان الشافعي لا يقول بوجوب النفقة في غير الاولاد فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا فلا يقضى لهم بالنفقة في مال الغائب تحقيق ذلك أن نفقة الزوجة جارية مجرى الديون ولهذا تجب مع الاعسار وكذلك نفقة الاولاد لهذا المعنى فلم يتوقف وجوبها الى القضاء وأما الابوان فقد جعل مال الولد الغائب في حكم مالهما أما في الوالد فلقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فكان قضاء القاضي بالنفقة اعانة وأما في الوالدة فلانها مثل الوالد في وجوب النفقة عند الجميع وقد قال لها النبي صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجي فاذا كانت أحق به من الوالد وللوالد أن يأخذ من ماله من النفقة مقدار كفايته أو يفرض له القاضي كانت الام أولى وأما الاولاد الكبار الزمنى والاناث فلعجزهم صاروا في معنى الصغار بخلاف نفقة من سواهم فانها لا تجري مجرى الديون بل هي صلة ثبتا كد حكمها بالقضاء وذلك لا يجوز على الغائب اهـ اتقاني رحمه الله وقال الكمال رحمه الله عند قول صاحب الهداية أما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه اهـ ولا شك أن الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم اذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد أنه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى أن لا تجب النفقة فلا يعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فينتفي تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفي الكافي لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالانفاق من الوديعة لانه أنظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة اهـ وكتب على قوله الا لهؤلاء ما نصه وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب اهـ فتح (قوله لان القضاء على الغائب لا يجوز) وايفاء حق وجب على الغائب من ماله جائز والقضاء بنفقة هؤلاء ايفاء لما وجب على الغائب وليس بقضاء لان القضاء ايجاب ما لم يكن واجبا قبل القضاء وقد

استشكله السروجي وقال القاضي ليس بشرع وماذاك الا للنبي صلى الله عليه وسلم ونقله الطرسوسي اهـ (قوله والا فيرجع عليها أو على الكفيل) قال في الهداية وعمل القضاة اليوم على هذا أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس قال الاتقاني أي على قول زفر وقال في الفتاوى الصغرى والتتمة والقضاة إنما يقبلون البينة اليوم على النكاح للفرض و يفرضون لانه مجتهد فيه إما لان فيه خلاف زفر أولان فيه خلاف أبي يوسف على ماذكره الخصاف مطلقا أو على قوله الاول على ماذكر في المختصر لحاجة الناس

هؤلاء واجبة قبل القضاء فلهذا كان لهم أن يأخذوها قبل القضاء بدون رضاه فيكون القضاء في حقهم اعانة وفتوى من القاضي بخلاف غير الولاد من الاقارب لان نفقتهم غير واجبة قبل القضاء ولهذا ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيأ قبل القضاء اذا ظفروا به فكان القضاء في حقهم ابتداء ايجاب فلا يجوز ذلك على الغائب ولو لم يقر الذي في يده المال بذلك ولم يعلم القاضي فأرادت المرأة اثبات المال أو الزوجية أو مجموعهما بالبينة ليقضي لها في مال الغائب أو لتؤمر بالاستدانة لا يقضي لها بذلك لان ذلك قضاء على الغائب وقال زفر رحمه الله تسمع بينتها ولا يقضي بالنكاح وتعطى النفقة من مال الزوج ان كان له مال وان لم يكن له مال تؤمر بالاستدانة لان قبول البينة بهذه الصفة نظر لها وليس فيه ضرر على الغائب لانه لو حضر وصدقها أو أثبتت ذلك بطريقه كانت آخذة لحقها والا فيرجع عليها أو على الكفيل وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا ثم رجع الى ماذكر في الكتاب وكان أبو يوسف يقول أولا يقضي ببينتها ولا يثبت به النكاح ثم رجع الى ماذكرهنا قال رحمه الله (ولمعتدة الطلاق) أي تجب النفقة والسكنى لمعتدة الطلاق ولا فرق في ذلك بين البائن والرجعي وقال الشافعي رحمه الله لانفقة للمبانة الا أن تكون حاملا لما روي أن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا ولم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولانفقة رواه الجماعة الا البخاري وعن الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم في المطلقة ثلاثا قال ليس لها نفقة ولا سكنى رواه أحمد ومسلم وفيما رواه عنها مسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال لانفقة لها الا أن تكون حاملا الحديث وقال الله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولانها بازاء التمكين ولا تمكين هنا لعدم الحل الا أنه اذا كانت حاملا يجب عليه نفقة الحمل لكونه ولده ولنا قول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا عليه الصلاة والسلام لقول امرأة لاندري أحفظت أم نسيت رواه مسلم وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى ومراده بقوله كتاب ربنا قوله تعالى يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن الى آخر ماذكر من الآيات ووجه التمسك به أنه تعالى نهى عن اخراجهن وخروجهن من بيوتهن بقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وأوجب النفقة والسكنى على الأزواج بقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي مصحف ابن مسعود وأنفقوا عليهن من وجدكم ولم يفرق بين الرجعي والبائن وهذا لان النفقة تجب جزاء الاحتباس بحقه صيانة لمائه وهذا المعنى موجود فيهما ويؤيده أن الله تعالى نهى عن مضارتهن بقوله تعالى ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن فلو لم تكن لها النفقة في هذه الحالة لتضررت فأي ضرر وأي تضييق أشد من منع النفقة مع الحبس بحقه وأي جريمة أوجبت ذلك فان قيل لانسلم عموم الآية بل المراد بها المطلقة رجعيا بدليل قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف اذ لا خيار له في البائن قلنا صدر الآية عام فلا يبطل بذكر حكم يخص بعض ما تناوله الصدر في آخره كقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء يتناول البائن والرجعي ثم لا يبطل عمومه بقوله وبعولتهن أحق بردهن وتخصيص الحامل بالذكر لا ينفي الحكم عمن عداها اذ لو نفي لنفى عن المطلقة الرجعي أيضا اذا كانت حائلا وانما خصت الحامل بالذكر لشدة العناية بها لما يلحقها من المشاق بالحمل وطول مدته أو لازالة الوهم لانه يتوهم سقوطها لطول المدة وحديث فاطمة لا يجوز الاحتجاج به

اليه ثم على قول من يفرض لاتحتاج المرأة الى اقامة البينة أن الزوج لم يخلف لها النفقة (قوله وقال الشافعي لانفقة للمبانة الخ) و به قال مالك وأبو الليث اهـ اتقاني وقال أحمد واسحق أيضا ليس لها سكنى ولانفقة اذا لم يملك زوجها الرجعة وهو مذهب الحسن البصري وعطاء بن أبي رباح والشعبي اهـ اتقاني (قوله لانفقة للمبانة) وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة اذلا بينونة عنده بغير ذلك اهـ فتح ولها السكنى اهـ اتقاني (قوله لما روى أن فاطمة بنت قيس قالت طلقني الخ) أخرج مسلم أن أباعمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب الى اليمن فأرسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه أوقع واحدة هي تمام الثلاث اهـ فتح (قوله رواه أحمد ومسلم) لم يرو مسلم هذا وانما رواه أبو داود باسناد مسلم قال ابن الهمام رحمه الله وفي شرح الكنز نسبه الى مسلم قال لكن الحق ماعلمت اهـ

(قوله الا أنه اذا كانت حاملا يجب عليه نفقة الحمل الخ) قال الكمال والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم لوجوه طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الامور اهـ (قوله ومراده بقوله كتاب ربنا الخ) قال عيسى بن أبان أراد بقوله كتاب ربنا وسنة نبينا القياس الصحيح لثبوت كونه حجة بهما اذلو كان مراده عينهما لذكرهما اهـ شرح البدائع للهندي (قوله صيانة لمائه) ولهذا كان لها السكنى بالاجماع اهـ هداية

(قوله ألا تتق الله) يعني في قولها لا نفقة ولا سكنى اه فتح (قوله لا تجب النفقة للمعتدة عن الوفاة) أي في تركة الزوج وإنما ينفق عليها من حصتها من الميراث سواء كانت حاملا أو غير حامل قال الطحاوي في مختصره ولا سكنى للمتوفى عنها زوجها ولا نفقة في مال الزوج حاملا كانت أو غير حامل قال أبو بكر الرازي قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج فنسخت هذه النفقة بالميراث وبقوله يتربصن بأنفسهن فأوجب نفقتها على نفسها وقطعها من مال الزوج اه اتقاني قال هلال رحمه الله في أوقافه في باب الرجل يقف الأرض على فقراء قرابته وفقراء ولده ونسله قلت أرأيت إذا قال أرضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي فجاءت الغلة يوم ولدت امرأة من قرابته ولدا فقيرا كان مخلوقا في البطن قبل مجيء الغلة فجاءت به لأقل من ستة أشهر قال لا حق لها في الغلة لأن ما في البطن لا يوصف بالفقر وإنما الفقير من كان محتاجا وما في البطن لا يحتاج ألا ترى أن الحامل المتوفى عنها زوجها لا ينفق عليها من مال ما في بطنها وإنما ينفق عليها من حصتها لأنهم لم يجعلوا الولد في بطنها محتاجا إلى شيء اه (قوله بل لحق الشرع) ولهذا يجب عليها العدة للوفاة قبل الدخول اه رازي (قوله لأنها أزالت الحل والنكاح بينهما فلا تجب لها النفقة) قال الاتقاني وإنما قيد بالنفقة احترازا عن السكنى لأن السكنى واجب لها لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها فأما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية اه قال في فتاوى قاضيخان وأما إذا وقعت الفرقة من قبل المرأة إن وقعت بفعل مباح كخيار البلوغ وخيار العتق وعدم الكفاءة كان لها النفقة والسكنى وإن وقعت بفعل محظور كالردة ومطاوعة ابن الزوج ليس لها النفقة والسكنى اه فقوله ليس لها النفقة والسكنى ظاهره نفي وجوب النفقة والسكنى ففيه مخالفة لما ذكره الاتقاني من وجوب السكنى ويحتمل قول قاضيخان ليس لها النفقة والسكنى أي لا تستحقهما بل أحدهما فقط وهو النفقة ووجه هذا الاحتمال ظاهر وعلى هذا الاحتمال فلا مخالفة والله الموفق اه وفي التاتارخانية نقلا عن الخانية لو قبلت ابن الزوج حتى وقعت الفرقة لا نفقة لها ولها السكنى اه

لوجوه أحدها أن كبار الصحابة أنكروا عليها كعمر على ما تقدم وابن مسعود وزيد بن ثابت وأسامة بن زيد وعائشة حتى قالت لفاطمة فيما رواه البخاري ألا تتق الله وروى أنها قالت لها لا خير لك فيه ومثل هذا الكلام لا يقال إلا لمن ارتكب بدعة محرمة وفي صحيح مسلم لما حدث الشعبي عنها بهذا الحديث أخذ الأسود بن يزيد كفا من حصى وحصبه به الشعبي فقال له ويلك أتحدث بمثل هذا الحديث وقال أبو سلمة أنكر الناس عليها فصار منكرا فلا يجوز الاحتجاج به والثاني لاضطرابه فإنه جاء طلقها البتة وجاء طلقها ثلاثا وجاء أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت من طلاقها وجاء طلقها البتة وهو غائب وجاء مات عنها وجاء حين قتل زوجها وجاء طلقها أبو عمرو بن حفص وجاء طلقها أبو حفص بن المغيرة فلما اضطرب سقط الاحتجاج به والثالث أن نفقتها سقطت بتطويل لسانها على أحمائها فلعلها أخرجت لذلك قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وهو أن تفحش على أهل الرجل فتؤذيهم قاله ابن عباس ذكره الصفاقسي في شرح البخاري وفي مصحف أبي إلا أن يفحشن عليكم وعن سعيد بن المسيب لفاطمة تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يدا ابن أم مكتوم وعن عائشة بمعناه فعلم بذلك أنه لم يفرض لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لأجل ذلك لأنها تكون به ناشزة وشرط وجوب النفقة أن تكون محبوسة في بيته والشافعي احتج به ثم ترك العمل به في حق السكنى ولأن هذا حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ألا ترى إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كانت رخصة لعلة وقوله النفقة بإزاء التمكين ولا تمكين هنا لعدم الحل قلنا لا نسلم أنها بإزائه بل لأجل الاحتباس بحق الزوج وهو المؤثر فيه لأن من كان محبوسا لأجل غيره تكون نفقته عليه أصله القاضي والمضارب ولا تأثير لعدم الحل في سقوط النفقة ألا ترى أنه يجب عليه نفقة امرأته الحائض والنفساء والمظاهر منها وكذا إذا فات التمكين حسا بنحو المرض لا تسقط النفقة وقوله إلا أنه إذا كانت حاملا يجب عليه نفقة الحمل لا يصح لوجوه أحدها أن النفقة لو كانت للحمل لوجبت في مال الحمل كنفقة أولاده الصغار وثانيها أن امرأته لو كانت أمة وبت طلاقها وهي حامل لوجبت نفقتها على مولاها لا على الزوج لأن الحمل ملكه وعلى هذا لو كانت الجارية لشخص وحملها لآخر لوجبت النفقة على صاحب الحمل وثالثها أنها لو كانت للحمل لسقطت بمضي الزمان كنفقة الأقارب وهي لا تسقط عندهم بمضيه ورابعها أنها لو كانت للحمل لتعددت بتعدده قال رحمه الله (لا للموت والمعصية) أي لا تجب النفقة للمعتدة عن الوفاة ولا لمعتدة وقعت الفرقة بينهما بمعصية من جهتها كالردة وتقبيل ابن الزوج أما المتوفى عنها زوجها فلأن الاحتباس ليس بحق الزوج بل لحق الشرع وجبت عليها عبادة ولهذا لا يراعى فيها معنى التعرف عن براءة الرحم بالحيض مع الإمكان فلا تجب نفقتها على الزوج ولأن النفقة تجب ساعة فساعة ولا ملك له بعد الموت ولا يمكن إيجابها في ملك الورثة لانعدام الاحتباس لأجلهم وأما إذا حصلت الفرقة بمعصية من جهتها فلأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كالناشزة بل أبعد لأنها أزالت الحل والنكاح بينهما فلا تجب لها النفقة بخلاف المهر إذا كانت الردة ونحوها بعد الدخول حيث تجب لها لأنه يجب بالتسليم وقد وجد ولو وقعت الفرقة بينهما باللعان أو الإيلاء

أو العنة أو الجب فلها النفقة لان الفرقة بهذه الاشياء مضافة الى الزوج وكذا اذا وقعت الفرقة بينهما بخيار البلوغ أو العتق أو عدم الكفاءة ولو أسلمت المرأة وأبى الزوج أن يسلم فلها النفقة لان الفرقة بالاباء وهو منه بخلاف ما اذا أسلم الزوج وأبت هي حيث لا يجب لها النفقة لان الامتناع جاء من قبلها ولهذا تسقط بمهرها كله اذا كان قبل الدخول قال رحمه الله (وردتها بعد البت تسقط نفقتها لا تمكين ابنه) أى اذا طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها ولو مكنت ابن الزوج بعد ما طلقها ثلاثا أو واحدة بائنة لا تسقط لان الحرمة تثبت بالطلاق البائن ولا تأثير للردة فيها ولا للتمكين غير ان المرتدة تحبس ولا نفقة للمحبوسة لما بينا والممكنة لا تحبس فافترقا حتى لو أسلمت المرتدة وعادت الى بيت الزوج وجبت لها النفقة لزوال المانع فصارت كالناشزة اذا رجعت الى منزله بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة بأن ارتدت قبل الطلاق حيث لا يجب لها النفقة وان أسلمت وعادت الى منزله لانها بالردة فوتت عليه ملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى منزل الزوج ولو لحقت بدار الحرب مرتدة ثم عادت مسلمة فلا نفقة لها لبيتما كان لان العدة تسقط باللحاق حكما للتباين الدارين لانه بمنزلة الموت فانعدم السبب الموجب قال رحمه الله (ولطفله الفقير) يعنى تجب النفقة والكسوة عليه لاولاده الصغار الفقراء لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمولود له هو الاب فأوجب عليه رزق النساء لاجل الاولاد فلأن تجب عليه نفقة الاولاد بالطريق الاولى وانما قلنا أوجب عليه لاجل الاولاد لان ترتيب الحكم على الاسم المشتق من معنى يدل على علية ذلك المعنى كالسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ونقول ان الله تعالى أوجب عليه أجرة الارضاع بما تلونا وهو نفقة الولد ولا يشاركه فيه أحد لما تلونا وتقييده بالطفل والفقير يفيد عدم وجوبها اذا كان الولد غنيا أو كبيرا وهذا صحيح لان الغنى يأكل من مال نفسه والبالغ اذا كان ذكرا وهو صحيح لا تجب نفقته على أبيه ولا على غيره من الاقارب على ما يجيء عن قريب قال رحمه الله (ولا تجبر أمه لترضع) أى لا تجبر أم الصغير على ارضاع ولدها لما ذكرنا أن النفقة على الاب والارضاع نفقة له فكان على الاب وربما تعجز عن ارضاعه وامتناعها دليل عليه لانها لا تمتنع عن ارضاعه مع القدرة غالبا وهو كالمتحقق فالزامها اياه بعد ذلك يكون اضرارا بها وقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها وتؤمر به ديانة لانه من باب الاستخدام ككنس البيت والطبخ وغسل الثياب والخبز ونحو ذلك فانه واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضى عليه لان المستحق عليها بعد النكاح تسليم النفس للاستمتاع لا غير وذكر الخصاف أن الاب اذا لم يكن له مال ولا للولد مال تجبر عليه وتجعل الاجرة دينا عليه كما فى نفقته ويحمل هذا القول على ما اذا طلقها وانقضت عدتها قال رحمه الله (ويستأجر من ترضعه عندها) أى يستأجر الاب من ترضعه عند الام لما ذكرنا أن النفقة على الاب والحضانة لها ولا يجب على المرضعة أن تمكث عند الام اذا لم يشرط ذلك عليها بل ترضعه وترجع الى منزلها أو تحمل الصبى معها اليه أو ترضعه فى فناء الدار ثم تدخل به الدار الى أمه هذا اذا كان يجد من ترضعه وكان الولد يأخذ ثدى غيرها وان كان لا يجد من ترضعه أو كان لا يأخذ ثدى غيرها تجبر عليه صيانة عن ضياعه وفى ظاهر الرواية لا تجبر لانه يتغذى بالدهن وغيره من المائعات فلا يؤدى الى ضياعه والى الاول مال القدورى وشمس الائمة السرخسى وقال مالك تجبر الام مطلقا الا اذا كانت شريفة والحجة عليه ما ذكرنا قال رحمه الله (لا أمه لو منكوحة أو معتدة) أى لا يجوز استئجار أم الصبى اذا كانت تحته أو فى

(قوله وكذا اذا وقعت الفرقة بينهما بخيار البلوغ أو العتق) قال الرازى بخلاف ما اذا وقعت الفرقة من قبلها بالمعصية كخيار العتق والبلوغ والتفريق بعدم الكفاءة فانها تجب فيها النفقة لانها حبست نفسها بحق وذا لا يسقط النفقة اه (قوله أى اذا طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها) لا لعين الردة ولكن لانها محبوسة بحق عليها والحبس لحق عليها مسقط للنفقة كالمحبوسة بدين عليها اه رازى (قوله ولو مكنت ابن زوجها بعد ما طلقها ثلاثا الخ) ولو مكنته قبل الطلاق أو بعد الطلاق الرجعى لا تجب لها النفقة اه مستصفى قال الرازى فان كان رجعيا اذا مكنت ابن زوجها أو ارتدت فحبست أو لا فلا نفقة لها لان النكاح باق فجاءت الفرقة بمعصية من جهتها فتسقط النفقة اه (قوله ولا نفقة للمحبوسة) حتى قالوا اذا ارتدت ولم تحبس بعد فلها النفقة اه مستصفى (قوله وجبت لها النفقة لزوال المانع) أى وهو الحبس اه (قوله حيث لا يجب لها النفقة وان أسلمت وعادت الخ) لان أصل الفرقة كان من جهتها بمعصية ولا تأثير للردة هنا فى التفريق لان التفريق وقع قبل الردة بالطلاق البائن اه (قوله فى المتن ولطفله الفقير) قال فى الهداية وفى جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال قال الكمال وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان ذلك له فقط فللاب أن يبيعه وينفقه عليه وكذا يعطى منه أجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر اذا لم يكن الاحتباس ذلك له ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها محتبسة لغرض آخر فنفقتها عليه وان كانت غنية أما الولد فنفقته للحاجة وبغناه اندفعت عنه حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم اه (قوله فانه واجب عليها ديانة) ولا يجوز أخذ الاجرة عليه كما سيأتى قريبا اه (قوله فى المتن ويستأجر من ترضعه عندها) أى ان أرادت ذلك اه رازى (قوله والى الاول مال القدورى وشمس الائمة السرخسى) وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته اه فتح (قوله فى المتن لا أمه) أى لا تستأجر اه (قوله فى المتن أو معتدة)

وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية اه هداية (قوله فاذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها) أي فظهر أن الفعل واجب عليها فاذا استأجرها على فعل واجب عليها لم يجز اه رازي (قوله وقيل اذا كانت معتدة عن طلاق بائن جاز) صرح بعضهم بأن هذا ظاهر الرواية اه فتح وقوله بعضهم كقاضيخان في فتاواه والخلاصة في الاجارة اه (قوله والاول رواه الحسن) وهو مختار صاحب الهداية وظاهر اطلاق القدوري اه فتح (قوله ولو استأجر منكوحته الخ) ولو استأجر لولده من ذوات المحارم الرحم اللاتي لهن حضانته جاز لانه ليس عليهن خدمته ولا نفقة لهن على أبي الولد واستئجار خادم الام بمنزلة الام فما جاز في الام جاز في خادمها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها وكذا مدبرتها فان استأجر مكاتبتها جاز لانها كالاجنبية اه بدائع (٦٣) (قوله في المتن ولابويه وأجداده الخ)

عدته لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية وهو أمر بصيغة الخبر وهو آكد فلا يجوز أخذ الاجر عليه ولهذا لا يجوز أن تأخذ الاجرة على خدمة البيت من الكنس وغيره وانما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت فاذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعذر وقيل اذا كانت معتدة عن طلاق بائن جاز استئجارها لان النكاح قد زال فالتحقت بالاجانب والاول رواه الحسن عن أبي حنيفة ووجهه أن العدة من أحكام النكاح ولهذا يجب فيها النفقة والسكنى ولا يجوز دفع الزكاة اليها والشهادة لها فلم ينقطع في حق هذه الاحكام فكذا في هذا الحكم ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها جاز لانه لم يجب عليها ارضاعه قال رحمه الله (وهي أحق بعدها ما لم تطلب زيادة) أي الام أولى بارضاع الولد بعد انقضاء عدتها ما لم تطلب أكثر من أجرة الاجنبية لانها أشفق وأنظر للصبي وفي الاخذ منها اضرار بها فكانت أولى فان التمست أكثر من ذلك لم يجبر الاب عليها دفعا للضرر عنه وقال الله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده أي لا تضار هي بأخذ الولد منها ولا هو بالزامه أكثر من أجرة الاجنبية وقال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى وان رضيت الاجنبية أن ترضعه بغير أجر أو بدون أجر المثل والام بأجر المثل فالاجنبية أولى لما قلنا قال رحمه الله (ولابويه وأجداده وجداته لو فقراء) أي تجب النفقة لهؤلاء اذا كانوا فقراء أما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وفسرها النبي صلى الله عليه وسلم بحسن العشرة بأن يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا نزلت في حق الابوين الكافرين بدليل ما قبلها قال الله تعالى ووصينا الانسان بوالديه حسنا وليس من الاحسان ولا من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وأما الاجداد والجدات فكالابوين ولهذا يقومان مقام الاب والام في الارث وغيره ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء كالابوين وشرط الفقر لتحقق الحاجة بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب مع الغنى لانها تجب لاجل الحبس الدائم كرزق القاضي قال رحمه الله (ولا تجب مع اختلاف الدين الا بالزوجية والولاد) أي لا تجب لاحد النفقة مع اختلاف الدين الا بسبب الزوجية وبسبب قرابة الولاد أما الزوجية فلانها تجب باعتبار الحبس المستحق بعقد النكاح وذلك يعتمد صحة العقد دون اتحاد الملة حتى لا تجب بالنكاح الفاسد ولا الوطء بشبهة وأما بسبب الولاد فلما تلونا ولانه جزؤه ونفقة الجزء لا تمتنع بالكفر كنفقة نفسه الا أنه لا يجب على المسلم نفقة أبويه الحربيين ولا يجبر الحربي على انفاق أبيه المسلم أو الذمي لان الاستحقاق بطريق الصلة ولا تستحق الصلة للحربي للنهي عن برهم ولهذا لا يجري الارث بين من هو في دارنا وبينهم وان اتحدت ملتهم وان لم يكن ولاد كالاخ والعم ونحوهما لا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لان النفقة في غير الولاد تتعلق بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك بخلاف العتق حيث

يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا اه فتح (قوله في المتن وجداته) يدخل فيه جداته لابيه وجداته لامه وان علون اه فتح (قوله لو فقراء) أي لا تجب على الفقير نفقة الا للزوجة والوالدين والولد اه محيط (قوله تجب النفقة لهؤلاء) أي وان خالفوه في دينه اه (قوله اذا كانوا فقراء) يوافق باطلاقه قول السرخسي حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر الابن اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في اتكاله الى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى ولا تقل لهما أف اه كمال رحمه الله وسيأتي في كلام الشارح أن نفقة الوالدين تجب على الولد وان كانا قادرين على الكسب ثم ذكر اختلاف الرواية في الاب اذا كان كسوبا اه (قوله بدليل ما قبلها) وهو قوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما اه (قوله في المتن ولا تجب مع اختلاف الدين الا بالزوجية والولادة) يشمل الاولاد الصغار والآباء والامهات اه ع (قوله وأما بسبب الولادة فلما تلونا) وأما الولد فصورته أن يتزوج ذمي ذمية فولدت ولدا ثم أسلمت فالولد يتبعها في الاسلام ونفقته على الاب لانه جزؤه اه رازي قال في الهداية ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه قال الاتقاني وهذا اذا أسلم الصغير العاقل وأبوه كافر أو ارتد والعياذ بالله وأبوه مسلم لان اسلامه وارتداده صحيح عندنا أو اعتبر الصغير مسلما باسلام أمه اه

يتعلق بالمحرمية بسبب القرابة من غير قيد بكونه وارثا لقوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه مطلقا ولان القرابة موجبة للصلة ومع اتحاد الدين آكد ودوام ملك اليمين أشد في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبر فيه أصل العلة وفي النفقة العلة المؤكدة بالشيئين قال رحمه الله (ولا يشارك الاب والولد في نفقة ولده وأبويه أحد) أما الابوان فان لهما تأويلا في مال الولد لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه أقرب الناس اليهما فصار أولى بايجاب النفقة عليهما وهي تجب على الذكور والاناث بالسوية في الصحيح لان المعنى وهو الجزئية أو اعتبار التأويل في مال الولد يشمل الذكر والانثى وأما نفقة الولد على الاب فلما تلونا ولما ذكرنا من المعنى وروى الخصاف والحسن أن الولد البالغ تجب نفقته على الابوين أثلاثا باعتبار الارث بخلاف الولد الصغير حيث تجب نفقته على الاب وحده لان الاب يختص بالولاية في الصغير فكذا في النفقة بخلاف الكبير والظاهر الاول قال رحمه الله (ولقريب محرم فقير عاجز عن الكسب بقدر الارث لو موسرا) يعني تجب النفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان فقيرا عاجزا عن الكسب لصغره أو لانوثته أو لعمى أو لزمانة وكان هو موسرا لتحقق العجز بهذه الاعذار والقدرة عليه باليسار ويجب ذلك بقدر الارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك جعل العلة هي الارث فيتقدر الوجوب بقدر العلة وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم وهي مشهورة فجاز التقييد بها ويجبر على ذلك لانه حق مستحق عليه وشرط أن يكون عاجزا عن الكسب فان القادر عليه غني به بخلاف الابوين لانهما يتضرران به والولد مأمور بدفعه عنهما وشرط أن يكون موسرا لانه اذا كان معسرا فهو عاجز ولا تجب هذه النفقة على العاجز بخلاف نفقة الزوجة وأولاده الصغار لانه التزمه بالعقد فلا تسقط بالفقر وقيل اذا كان فقيرا زمنا أو أعمى أو نحوه تجب نفقة أولاده في بيت المال كنفسه وان كان كبيرا لا تجب عليه نفقته الا اذا كان موسرا والابن فقير زمن ونحوه أو يكون من أعيان الناس يلحقه العار بالتكسب أو طالب علم لا يتفرغ لذلك وذكر الخصاف أن الاب اذا كان عاجزا والابن فقير كسوب ينفق على الاب فضل كسبه واذا كان الاب كسوبا لا يجبر الابن على الانفاق عليه في رواية ويجبر في أخرى لانه يلحقه الضرر بالكسب وجه الاول أن الكسوب لا يجبر على نفقة كسوب آخر ويجبر الابن اذا كان موسرا على نفقة أولاد أبيه الصغار لان الفقير كالميت فتجب عليه نفقة اخوته ذكره في المحيط وفيه ان الابن يجبر على نفقة امرأة أبيه ذكره هشام عن أبي يوسف وذكر الخصاف أن نفقة خادم الاب لا تجب على الابن الا اذا كان محتاجا اليه واليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبي يوسف لانه هو المعتبر لوجوب المواساة عليه في الشرع كصدقة الفطر وعن محمد أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا ان كان من أهل الغلة وان كان من أهل الحرف فهو مقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد القدرة دون النصاب وهو مستغن عما زاد على ذلك فيصرفه الى أقاربه اذ المعتبر في حقوق العباد القدرة دون النصاب وهذا أوجه وقالوا الفتوى على الاول قال رحمه الله (وصح بيع عرض ابنه لا عقاره لنفقته) يعني اذا كان الابن غائبا والاب فقير جاز له أن يبيع العروض من مال ولده للنفقة

(قوله فاعتبر فيه أصل العلة) أي وهو القرابة المحرمية اه فتح (قوله وفي النفقة العلة) أي هي القرابة اه (قوله المؤكدة بالشيئين) أي هما المحرمية والارث (قوله ولا يشارك الاب والولد في نفقة ولده) أي الصغير أو الكبير الزمن اه (قوله وهي تجب) أي نفقة الابوين على الاولاد الذكور والاناث قال في التتارخانية فان كان الاولاد ذكورا وإناثا موسرين فنفقة الابوين عليهم بالسوية في أظهر الروايتين وفي الخانية وعليه الفتوى * واقعات الناطفي ولا كذلك الاخ والاخت فتجب عليهم أثلاثا على قياس الميراث واعتبرت نفقة ذوي الارحام وهو الاصح اه * فرع قال في النقاية ونفقة البنت بالغة والابن زمنا على الاب خاصة به يفتى اه (قوله والظاهر الاول) أي وهو ما في المتن اه (قوله أو لزمانة) زمن الشخص زمنا وزمانة فهو زمن من باب تعب وهو مرض يدوم زمانا طويلا والقوم زمنى مثل مرضى وأزمنه الله فهو مزمن اه مصباح (قوله بخلاف الابوين لانهما يتضرران) قال في التتارخانية ثم يفرض على الابن نفقة الاب اذا كان الاب محتاجا والابن موسرا سواء كان الاب قادرا على الكسب أو لم يكن وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف ان الاب اذا كان كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب ونفقة الاب وذكر شمس الائمة الحلواني في أدب القاضي للخصاف أنه لا يجبر الابن على نفقة الاب اذا كان الاب قادرا على الكسب واعتبره بذي الرحم المحرم فانه لا يستحق النفقة في كسب قريبه ولا على قريبه الموسر اذا كان هو كسوبا وفي فتاوى الخلاصة وفي الاصل يلحقه العار واذا كان الابن والاب معسرين لا يجب على أحدهما نفقة الآخر اه (قوله أو يكون من أعيان الناس) قال في القنية في باب نفقة الاقارب بعد أن رقم للمحيط ولشمس الائمة الحلواني الرجل الصحيح قد لا يقدر على الكسب لشرفه أو لكونه من أهل البيوتات فنفقته على الاب وهكذا قالوا في طالب العلم اذا كان لا يهتدي الى الكسب لا تسقط نفقته عن أبيه بمنزلة الزمن والانثى اه (قوله واليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة) وهو نصاب صدقة الفطر وهو ملك ما يبلغ مائتي درهم من أي مال كان فاضلا عن حوائجه الاصلية اه (قوله في المتن وصح بيع عرض ابنه) أي البالغ الغائب اه

ولا يجوز له أن يبيع العقار وهو استحسان وهذا عند أبي حنيفة والقياس أن لا يجوز وهو قولهما لانه لا ولاية له على الابن البالغ الرشيد الا فيما يبيعه تحصينا كالوصي وليس في بيعه في هذه الحالة تحصين ولهذا لا يملكه حال حضرته ولا في دين له عليه سوى النفقة فصار كالام وغيرها من مستحق النفقة وليس للقاضي أن يحكم به لانه قضاء على الغائب وله أن للاب ولاية حفظ مال ولده الغائب كالوصي بل أولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيدها منه و بيع المنقول من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف ولهذا يملكه المودع بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يكون بيعه من الحفظ ثم اذا باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله أن ينفق منه بخلاف غيره من الاقارب لانهم ليس لهم ولاية الحفظ في ماله و بخلاف حالة حضرته لان ولاية الحفظ له لا للاب لقدرته عليه وفي المسئلة نوع اشكال وهو أن يقال اذا كان للاب حالة غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعا فما المانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل قال رحمه الله (ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن) أي لو أنفق مودع الغائب على أبوي الغائب بغير أمر القاضي ضمن المودع لتصرفه في مال غيره من غير ولاية ولا نيابة بخلاف ما اذا أمره القاضي لانه ملزم لولايته عليه ولا يقال ينبغي أن لا يضمن لان للاب و بن فيه حقا ولهما أن يأخذا منه اذا ظفرا به بغير اذنه لانا نقول جواز الاخذ لهما منه عند الظفر به لا ينفي الضمان عنه عند دفعه كالمودع يقضي بالوديعة دين المودع ثم اذا ضمن لا يرجع عليهما به لانه بالضمان ملكه مستندا الى وقت التعدي فتبين انه تبرع بملكه فصار كما لو قضى بالوديعة دين المودع وذكر في الغاية معزيا الى النوادر اذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وعلى هذا لو مات بعض الرفقة في السفر فباعوا قماشه وعدته وجهزوه بثمنه وردوا البقية الى الورثة أو أغمي عليه فانفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحسانا وروى أن جماعة من أصحاب محمد حجوا فمات واحد منهم وأخذوا ما كان معه فباعوه فلما وصلوا الى محمد سألهم فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح قال رحمه الله (ولو أنفقا ما عندهما لا) أي لو كان للغائب مال عند أبويه فانفقا على أنفسهما منه وهو من جنس النفقة لم يضمنا لان نفقتهما واجبة عليه قبل القضاء فاستوفيا حقهما قال رحمه الله (ولو قضى بنفقة الولاد والقريب ومضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء باعتبار الحاجة وقد وقعت الغنية عن الماضي بخلاف نفقة الزوجة لانها للاحتباس ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط بالاستغناء بمضي الزمان لما فيه من معنى المعاوضة ولهذا لو سرقت النفقة المعجلة أو الكسوة تفرض لذوي الارحام مرة بعد أخرى الى ما لا يتناهى لتحقق حاجته ولا يفرض للزوجة بشئ لعدم اعتبار الحاجة في حقها و بعكسه لو بقيت النفقة المفروضة في مدة بعد المدة يفرض للزوجات ولا يفرض لذوي الارحام وعن هذا اذا أسلفها نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل المدة يسترد في الزوجات عند محمد دون الاقارب وذكر في الغاية معزيا الى الذخيرة أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط لانه لو سقطت بالمدة اليسيرة لما أمكنهم استيفاؤها فقدروا الفاصل بالشهر وقال في الحاوي نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون غيره قال رحمه الله (الا أن يأذن القاضي بالاستدانة) لان للقاضي ولاية عامة فصار اذنه كأمر الغائب فلا يسقط بمضي المدة وفي زكاة الجامع نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لانه مطالب من جهة العباد فسوى بعد القضاء بين الاقارب والزوجات واختلفوا في تأويله منهم من قال هذا اذا أذن له القاضي بالاستدانة ومنهم من قال هذا اذا قصرت المدة على ما بينا والى الاول مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى قال رحمه الله (ولمملوكه) أي تجب عليه النفقة لمملوكه لقوله صلى الله عليه وسلم هم اخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم متفق عليه وروى عن علي رضي الله عنه انه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله

وهذا يجوز للاب ولا يجوز للام وسائر الاقارب لانتفاء ولايتهم في مال الصغير اه رازي (قوله في المتن ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن) أي في القضاء أما فيما بينه وبين الله لا ضمان عليه ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح اه فتح (قوله لان نفقة هؤلاء باعتبار الحاجة) ولهذا لا يجب مع اليسار اه (قوله ولا يفرض للزوجة بشئ) يعني حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة اه فتح (قوله في المتن الا أن يأذن القاضي بالاستدانة) و يستدين فحينئذ يرجع المستدين على المفروض عليه ولا يكون بمضي المدة مسقطا لما استدان وهذا معنى قول صاحب الهداية وقد غلط بعض الفقهاء هنا في مفهوم كلام صاحب الهداية وقال اذا أذن القاضي بالاستدانة ولم يستدن فانها لا تسقط وهذا غلط بل معنى الكلام أذن القاضي بالاستدانة واستدان أما مجرد الاذن من غير استدانة لا يكون محصنا لها من السقوط وهكذا ذكره الشيخ حافظ الدين ونص عليه أيضا السغناقي اه طرسوسي (قوله واختلفوا في تأويله منهم من قال هذا اذا

(٩ - زيلعي ثالث) أذن له القاضي الخ) واستدانوا حتى احتاجوا الى وفاء الدين أما اذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة من المتأخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به اه كمال (قوله وليلبسه مما يلبس)

عليه وسلم الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم رواه أحمد وأبو داود وقال أنس كان عليه الصلاة والسلام عامة وصيته ذلك حين حضرته الوفاة وهو يغرغر وقال عليه الصلاة والسلام كفى بالمرء اثما أن يضيع من يقوت وقال في الغاية الحديث محمول على الاستحباب وفيه نظر قال رحمه الله (فان أبى ففي كسبه والا أمر ببيعه) أي ان امتنع المولى من الانفاق عليه فنفقته في كسبه ان كان له كسب لان فيه نظرا لهما ببقاء المملوك حيا وبقاء ملكه فيه وان لم يكن له كسب بان كان زمنا أو أعمى أو جارية لا يؤجر مثلها أمر ببيعه لانه من أهل الاستحقاق وفي البيع ابقاء حقه وليس فيه ابطال حق المولى لان الثمن يقوم مقامه والابطال الى خلف كلا ابطال بخلاف الزوجة حيث لا يفرق بينهما لانه ابطال لا الى خلف فلا يصار اليه بل يقال لها استديني عليه كيلا يبطل حقها بخلاف المملوك حيث لا يؤمر بالاستدانة لانه لا يجب له دين على مولاه فيكون ابطالا فلا يصار اليه بل يجبر على البيع لكونه من أهل الاستحقاق بخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على الانفاق عليها ولا على بيعها ولكن يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أن ينفق عليها أو يبيع لنهيه عليه السلام عن تعذيب الحيوان وعن اضاعة المال وفي غير الحيوان يكره له أن لا ينفق عليه ولا يفتى ذكره في النهاية وعن أبي يوسف أنه يجبر في الحيوان والاصح الاول ولو كانت الدابة مشتركة بين رجلين وطلب أحدهما من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبي اما أن تبيع نصيبك منها أو تنفق عليها كذا روي عن الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر شريكه بهلاك الدابة وهو من أهل الاستحقاق بخلاف الدابة والمدبر وأم الولد ان أبى مولاهما من الانفاق عليهما اكتسبا وأكلا من كسبهما وان لم يكن لهما كسب أجبر المولى على الانفاق عليهما لانهما لا يقبلان النقل بالبيع وغيره بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر في حقه بشئ لانه كالحر اذ هو خارج عن ملك المولى يدا وهل للعبد أن يتناول من مال المولى اذا امتنع من الانفاق عليه ينظر ان كان قادرا على الكسب ليس له ذلك الا اذا نهاه عن الكسب وان كان عاجزا عن الكسب فله ذلك والله أعلم

(كتاب الاعتاق)

والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون فاذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله أعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسونهم مثلهم الا عن الافراد اه فتح (قوله بان كان زمنا) يفيد أنه اذا كان صحيحا الا أنه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن أن يؤاجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شئ وتحويل شئ كمعين البناء اه فتح (قوله أو جارية لا يؤجر مثلها) قال الكمال وكذا اذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الانفاق أو البيع اه (قوله بخلاف سائر الحيوانات) قال الكمال ظاهر الرواية أنه لا يجبر القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس اه (قوله وفي غير الحيوان يكره) كالدور والعقار والزروع والثمار اه (قوله وعن أبي يوسف أنه يجبر في الحيوان) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله وغاية ما فيه أنه يتصور فيه دعوى حسبة فيجبر القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول اه (قوله ولو كانت الدابة مشتركة بين رجلين الخ) قال الكمال ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير اذن القاضي وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا أنفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان أنفق أحدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير أمر القاضي فهو متبرع كذا في الخلاصة اه * فرع وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أو لا مثاله أوصى بعبد لرجل وبخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو أوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله أوصى بدار لرجل وبسكناها لآخر فالنفقة على السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطي ما غرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو أوصى بنخل لواحد وبثمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي التبن والحنطة ان بقي من ثلث ماله شئ فالنفقة في ذلك المال وان لم يكن فالتخليص عليهما وأقول ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل ألا ترى الى قولهم في السمسم اذا أوصى بدهنه لواحد وبتجيره لآخر ان النفقة على من له الدهن لعده عدما وان كان قد يباع وينبغي أن يجعل كالحنطة والتبن في ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا أقول فيما عن محمد ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن أنه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل أن يقبض قبل على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح أنه على البائع ما دام في يده اه فتح

قال

(كتاب الاعتاق)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان الطلاق تخليص الشخص من ذل رق المتعة والاعتاق تخليص الشخص من ذل ملك الرقبة قاله العيني وقال الاتقاني لما فرغ من بيان الطلاق شرع في بيان العتق لان كل واحد منهما اسقاط الحق الا أن الاول قدم لمناسبة النكاح ثم الاسقاطات أنواع تختلف أسماؤها باختلاف أنواعها فاسقاط الحق عن الرق عتق واسقاط الحق عن البضع طلاق واسقاط ما في الذمة براءة واسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو اه قال في المصباح المنير عتق العبد عتقا من باب ضرب وعتاقا وعتاقة بفتح الاوائل والعتق بالكسر اسم منه فهو عاتق و يتعدى بالهمزة فيقال أعتقته فهو معتق على قياس الباب ولا يتعدى بنفسه فلا يقال عتقته ولهذا قال في البارع لا يقال عتق العبد وهو ثلاثي مبني للمفعول ولا أعتق هو بالالف مبنيا للفاعل بل الثلاثي لازم والرباعي متعد ولا يجوز عبد معتوق لان مجيء مفعول من أفعلته شاذ مسموع لا يقاس عليه وهو عتيق فعيل بمعنى مفعول وجمعه عتقاء مثل كرماء وربما قيل عتاق

قال رحمه الله (هو اثبات القوة الشرعية للمملوك) هذا في الشرع لانه به يصير قادرا على التصرفات الشرعية حتى صار به أهلا للتصرفات والشهادات والولايات وعلى التصرف في الاغيار وعلى دفع تصرف الاغيار عن نفسه باثبات قوة حكمية وازالة ضعف حكمي والعتق والعتاق في اللغة القوة مطلقا وعتاق الطير جوارحها سميت به لاختصاصها بمزيد القوة وعتق الفرخ اذا قوي وطار من وكره والحرية عبارة عن الخلوص لغة يقال أرض حرة لا خراج فيها وفي الشرع عبارة عن خلوص حكمي يظهر في حق الآدمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمي يسمى اعتاقا وتحريرا وهو تصرف مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام من أعتق رقبة مسلمة أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل ارب منها اربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج قال ابن قدامة متفق عليه والمستحب أن يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال رحمه الله (ويصح من حر مكلف لمملوكه بانت حر أو بما يعبر به عن البدن وعتيق ومعتق ومحرر وحررتك وأعتقتك نواه أولا) أي يصح العتق من حر بالغ عاقل بقوله لمملوكه أنت حر أو بقوله أنت عتيق أو معتق أو محرر أو حررتك أو أعتقتك أو أتى بدل قوله أنت ما يعبر به عن جميع البدن كقوله وجهك حر أو رأسك أو رقبتك أو عنقك أو قال لامته فرجك نوى العتق به أو لم ينو بشرط أن يكون حرا مكلفا وهو البالغ العاقل لان العتق لا يقع الا في الملك والعبد لا ملك له والصبي والمجنون ليسا من الاهل لكونه ضررا أو لعدم الاهلية ولهذا لا يملكه الولي عليهما فصار حالهما منافيا ولهذا لو أضافاه الى تلك الحالة بان قالا أعتقته وأنا صبي أو مجنون وجنونه معهود لم يعتق وكذا اذا قال في حال صباه أو جنونه اذا بلغت أو أفقت فهو حر لم ينعقد لان قوله غير ملزم وشرط أن يكون العبد مملوكا له لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وشرط أن يكون مضافا الى الجملة أو الى ما يعبر به عن الجملة كقوله أنت حر أو رأسك حر أو نحو ذلك لان التحرير يقع في جملة الاعضاء فلا بد من الاضافة اليها أو الى ما يعبر به عنها وقال نوى أو لم ينو لان هذه الالفاظ صريح في العتق لاختصاص استعمالها فيه أو لغلبته فلا يحتاج فيها الى النية لما عرف في موضعه ولو قال أردت به الاخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر باعتبار الاستعمال والقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ولو قال أردت به أنه كان حرا في وقت من الاوقات ينظر فان كان العبد من السبي يدين وان كان مولدا لا يدين هكذا ذكره في الغاية قال رحمه الله

مثل كرام وأمة عتيق أيضا بغير هاء وربما ثبتت فقيل عتيقة وجمعها عتائق اه وظاهره أن العتق بالكسر ليس مصدرا وفي الصحاح عتق العبد يعتق بالكسر عتقا وعتاقا وعتاقة وفي لسان العرب عتق العبد يعتق عتقا وعتقا وعتاقا وعتاقة (قوله في المتن هو اثبات القوة الخ) قال الرازي الاعتاق عبارة عن ازالة الملك عند أبي حنيفة واثبات القوة الحكمية بها يصير أهلا للشهادات والولايات عندهما ولهذا يتجزأ عنده لا عندهما اه (قوله من أعتق رقبة الخ) يقال أعتق رقبة اذا أعتق عبدا أو أمة وخصت الرقبة من بين سائر الاعضاء لان ملك الصاحب له بمنزلة الحبل في رقبته فاذا أعتقه فقد حل ذلك الحبل من رقبته ذكره الاتقاني قال ابن الاثير وهي في الاصل العنق فجعلت كناية عن جميع ذات الانسان تسمية للشيء ببعضه ومنه قولهم ذنبه في رقبته اه (قوله أو قال لامته فرجك الخ) قال الكمال خص الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك علي حرام ينوي العتق لا تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم وفي الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الاصح أنه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفي العنق روايتان والاولى ثبوت العتق في ذكرك حر لانه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم اه (قوله والعبد لا ملك له) عن هذا قلنا ان مال العبد للمولى بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك اه كمال (قوله بان قالا أعتقته وأنا صبي أو مجنون) أو نائم اه بدائع (قوله أو أنه حر من العمل) أي لا أستعمله في عمل ما اه وقال في تحفة الفقهاء لو قال أنت حر من هذا العمل وسمى عملا معينا أو قال أنت حر من العمل اليوم فانه يعتق في القضاء لان العتق لا يتجزأ فاذا جعله حرا في بعض الاعمال أو جعله حرا عن الاعمال كلها في

(و بلا ملك ولا رق ولا سبيل لى عليك ان نوى) أى بقوله لا ملك لى عليك ولا رق لى عليك ولا سبيل لى عليك عتق ان نوى لان نفى هذه الاشياء يحتمل بالبيع والكتابة والعتق وانتفاء السبيل يحتمل بالعتق و بالارضاء حتى لا يكون له سبيل فى اللوم والعقوبة فصار مجملا والمجمل لا يتعين بعض وجوهه الا بالنية بخلاف قوله لا سلطان لى عليك لان السلطان عبارة عن اليد والحجة وتسمية ما لا يدل على انتفاء الملك كما فى المكاتب ولئن احتمل زوال اليد بالعتق فهو محتمل المحتمل فلا يعتبر بخلاف نفى السبيل لان مطلقه يستدعى العتق لان للمولى سبيلا على مملوكه وان كان مكاتبا لان ملكه باق فيه وقال الكرخى فى مختصره ولم يتضح لى الفرق بينهما والفرق ما بيناه وكذلك كنايات العتق مثل قوله خرجت من ملكى وخليت سبيلك ولو قال أطلقتك ونوى به العتق يعتق لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك بخلاف قوله طلقتك أو أنت بائن خلافا للشافعى رحمه الله وعلى هذا الخلاف سائر كنايات الطلاق هو يقول ان بين اللفظين اتصالا من حيث ان عمل كل واحد منهما الاسقاط الملك ولنا ان الاعتاق اثبات القوة على ما بينا والطلاق رفع القيد لان العبد كالجماد و بالعتق يحيا فيقدر على التصرفات الشرعية والمرأة قادرة بعد التزوج على حالها غير أنها ممنوعة من البروز لتنتظم مصالح النكاح فاذا طلقها لم يثبت لها به شئ لم يكن ثابتا من قبل بل يرتفع عنها المانع ولا شك أن المثبت للقوة أقوى من ازالة المانع فلا يجوز أن يستعار الاضعف للاقوى بخلاف العكس وكذا ملك اليمين أقوى من ملك النكاح بدليل أنه يدخل فيه ملك المتعة تبعا فألفاظ العتق تزيلهما وألفاظ الطلاق لا تزيل الا ملك المتعة فالموضوع للاضعف لا يجوز استعارته للاقوى بخلاف العكس وهذا أصل مستمر لان من شرط المجاز أن لا يكون عمل اللفظ فى محل المجاز أقوى من عمله فى محل الحقيقة وبخلاف قوله أطلقتك لانه عبارة عن التسييب فصار بمنزلة قوله خليت سبيلك ونهيا الاختصاص بالنكاح قال رحمه الله (وهذا ابنى أو أبى أو أمى وهذا مولاى أو يامولاى أو ياحر أو ياعتيق) أى بهذه الالفاظ يقع العتق أما قوله ياحر أو ياعتيق فلانه صريح فيه لانه وضع له وقد غلب الاستعمال فيه والنداء لاستحضار المنادى موصوفا بالوصف المذكور فيقتضى تحقيق الوصف فيه اذا أمكن ثبوته من جهته وقد أمكن ثبوته من جهته فيثبت تصديقا بخلاف ما اذا قال له ياابنى على ما يجيء من الفرق الا اذا كان اسمه حرا فناداه ياحر لان مراده الاعلام باسمه العلم لا اثبات هذا الوصف لان الاعلام لا يراعى فيها المعانى حتى لو ناداه بلفظ آخر بمعناه كعتيق وازاد عتق لان الاعلام لا تغير وأما قوله هذا مولاى أو يامولاى فلان اسم المولى وان كان يحتمل أشياء الناصر كما قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما قال الله تعالى حكاية عن زكريا وانى خفت الموالى والموالاة فى الدين والمولى الاعلى والاسفل لكن الاسفل متعين له لاستحالة غيره لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وله نسب معروف والموالاة نوع مجاز فلا يزاحم الحقيقة واضافته الى العبد تنافى كونه المولى الاعلى فتعين المولى الادنى ضرورة تصحيحا لكلامه فالتحق بالصريح فلا يحتاج فيه الى النية واستوى فيه الخبر والنداء والانشاء كالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتى أو يامولاتى لما ذكرنا ولو قال أردت به الموالاة فى الدين أو الكذب لا يصدق قضاء لكونه خلاف الظاهر وقال زفر رحمه الله لا يعتق بقوله يامولاى الا بالنية لانه يراد به الاكرام عادة لا التحقيق كقوله ياسيدى يامالكى قلنا الكلام محمول على حقيقته ما أمكن وحقيقته أن يكون له عليه ولاء وقد تعين الاسفل لذلك بخلاف قوله يامالكى لانه ليس فيه ذكر ما يقتضى اعتاقه اياه ولا يمكن اثبات هذه الصفة من جهته وقال فى الكافى يعتق اذا قال ياسيدى ونوى به العتق وأما قوله هذا

بعض الازمان يثبت فى الكل فيصدّق فيما بينه و بين الله تعالى أنه أراد به البعض اه اتقانى (قوله فى المتن و بلا ملك الخ) هذا شروع فى الكنايات لانه لما فرغ من ألفاظ الصريح شرع فى الكنايات اه رازى (قوله لان نفى هذه الاشياء يحتمل بالبيع والكتابة والعتق) يعنى لا ملك لى عليك لانى بعتك أولانى كاتبتك أولانى أعتقتك فلا بد من النية ليتعين العتق اه (قوله فصار مجملا) أى محتملا والمحتمل الخ اه كافى (قوله بخلاف قوله لا سلطان لى عليك) قال فى الهداية ولو قال لا سلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق قال الاتقانى وهذا لفظ القدورى فى مختصره وهو رواية الاصل وقال فى الهارونى يعتق اذا نوى اه ولو قال لعبده اذهب حيث شئت أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى كذا فى مختصر الكرخى وذلك لانه يفيد زوال اليد فلا يدل على العتق كما فى المكاتب اه اتقانى (قوله لان للمولى سبيلا على مملوكه) وان كان مكاتبا ألا ترى أن للمولى على المكاتب سبيلا من حيث المطالبة باداء بدل الكتابة اه اتقانى (قوله أى بهذه الالفاظ) الذى بخط الشارح أى بهذه اه (قوله وازاد) معناه بالفارسى ياحر اه (قوله والاسفل) أى فى العتاقة اه هداية (قوله فالتحق بالصريح) هكذا قال فى الهداية اه قال الاتقانى عند قوله فى الهداية ولو قال هذا مولاى أو يامولاى عتق ولا يحتاج الى النية لكونه صريحا كذا فى التحفة ونقل فى خلاصة الفتاوى عن العيون قال لا يعتق بالنداء الا فى موضعين يامولاى و ياحر اه (قوله وقال زفر لا يعتق بقوله ابى يامولاى الا بالنية) ويقوله قال الشافعى ومالك وأحمد اه كمال (قوله كقوله ياسيدى يامالكى) أفاد أنهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وهكذا فى ياسيدى وقد قيل انه يعتق فيهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق فى ياسيدى لا فى ياسيدتى والمختار

أنه لا يعتق فيهما الا بالنية اه فتح (قوله فيثبت به نسبه اذا كان مثله) يعني اذا كان مثله في السن يجوز شرعا أن يكون ابنا للمدعي في السن هذا هو المراد لا المشاكلة حتى لو كان المدعي أبيض ناصعا والمقول له أسود حالك أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب اه فتح

(قوله أو لمثلهما) أي الاب والام اه (قوله في المتن لا بيا ابني) قال الكمال لان النداء لاعلام المنادى بمطلوبية حضوره

ابني أو أبي أو أمي فلان ولايه الدعوة له لقيام ملكه فيثبت به نسبه اذا كان مثله لمثله أو لمثلهما يولد لذلك واذا ثبت عتق عليه لانه يستند النسب الى وقت العلوق في الولد فتبين أنه علق حرا اذا كان العلوق في ملكه والا تبين أنه عتيق من وقت ملكه وكذا في غير الابن وان كان لا يولد مثله لمثله أو مثلها لمثلها أو كان الولد ثابت النسب من غيره لا يثبت منه لتعذر و يعتق لانه يجعل مجازا عن التحرير لكونه من لوازمه فجازت الاستعارة فيه لان البنوة والابوة سبب لحرية المملوك وعندهما اذا كان لا يولد مثله لمثله أو مثل المدعى لمثلهما لا يعتق لانه محال فيرد كما لو قال أعتقتك قبل ان أخلق وقبل ان تخلق ولابي حنيفة انه صحيح بمجازه وان كان مستحيلا بحقيقته لكونه اخبارا عن حريته من حين ملكه فيصار اليه كمن حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى ما يخرج منها لاستحالة أكلها وهذا الخلاف مبني على أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما ومن شرطه أن ينعقد السبب في الاصل على الاحتمال ثم يمتنع وجوده لعارض فيخلفه غيره مجازا كما لو كان في مسئلتنا غير مستحيل بأن كان يولد مثله لمثله وهو معروف النسب فانه لولا ثبوته من غيره لثبت منه فيخلفه لوازمه وهو الحرية وعنده المجاز خلف عن الحقيقة في التكلم بمعنى أن التكلم بكلام وارادة ما وضع له أصل والتكلم بذلك الكلام وارادة غيره مجاز خلف عن الاصل وشرطه أن يكون الاصل وهو المتكلم به صالحا بأن يكون مبتدأ أو خبرا حتى يكون عاملا في ايجاب الحكم الذي يقبله المحل بطريق المجاز ولا معنى لما قالا لان المجاز مأخوذ من جاز يجوز اذا انتقل والانتقال من أوصاف الالفاظ فان اللفظ هو الذي ينتقل من الموضوع له الى غيره فأما المعاني فلا يمكن نقلها حتى يجعل مجازا خلفا عن الحقيقة وعلى هذا يخرج قوله لعبده هذا حر أو حمار وكذا لو قال لك علي ألف أو هذا الجدار فعبده يعتق وتلزمه الالف لصحة التكلم به وان لم يمكن ثبوت الحرية والدين في مطلق أحدهما خلافا لهما لاستحالة ثبوت الحقيقة ثم قيل لا يحتاج الى تصديق العبد لان اقرار المالك على مملوكه يصح من غير تصديقه وقيل يشترط تصديقه فيما سوى دعوة البنوة لان فيه حمل النسب على الغير فيكون فيه الزام العبد بعد الحرية فيشترط تصديقه ولو قال له غيره هذا جدي أو قال لعبده هذا ابني قيل على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان الاول لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة بكلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف البنوة والابوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة وأما الثاني فالمشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر على ما بينا في النكاح ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية لما أنه لا موجب له في الملك الا بواسطة وعن أبي حنيفة أنه يعتق لما ذكرنا أن صحة المجاز تعتمد صحة التكلم به عنده قال رحمه الله (لا يا ابني ويا أخي ولا سلطان لي عليك وألفاظ الطلاق وأنت مثل الحر) أي لا يعتق بقوله يا ابني ويا أخي ولا سلطان لي عليك الى آخره أما عدم الوقوع بقوله يا ابني فلان النداء لاعلام المنادى واستحضاره موصوفا بالوصف المذكور غير أنه ان أمكن اثباته من جهته ثبت تصديقا له كما قلنا في قوله يا حر وان لم يمكن اثباته من جهته لا يثبت للتعذر والبنوة منه لانه لا يمكن اثباتها بقوله هذا ابني اذ لم يخلق من مائه بخلاف الحرية في قوله يا حر وكذا قوله يا أخي لما ذكرنا ولانه لا يمكن اثباته الا بواسطة وتلك لم تثبت وكذا لو قال يا ابن أو يا بني أو يا بنية لانه لم يضفه الى نفسه ولم يدع أنه ابن له وانما ذكر لفظ الابن مكبرا أو مصغرا وذلك لا يوجب العتق لانه كما قال هو ابن أبيه ولانه لو لم يكن منادى بأن قال هذا ابن لم يعتق لما ذكرنا فمع النداء أولى وأما قوله لا سلطان لي عليك فلان السلطان هو الحجة قال الله تعالى أو ليأتيني بسلطان مبين أي بحجة ويذكر ويراد به اليد

فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تحقيقا له كما سلف وان لم يمكن كان لمجرد الاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة المعتق الا تبعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق اه قال في تحفة الفقهاء اذا قال يا ابني يا بنتي يا أبي فانه لا يعتق الا اذا نوى لان النداء لا يراد به ما وضع له اللفظ انما يراد به استحضار المنادى الا اذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية كقوله يا حر يا مولاي يعتق لان في الموضوع يعتبر المعنى ونقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لعبده يا خالي يا عمي أو قال يا أبي يا جدي أو قال يا ابني أو قال لجاريته يا عمتي أو يا خالتي أو يا أختي أو قال لعبده يا أخي لا يعتق في جميع ذلك والاصل هنا أن المقصود من النداء هو استحضار المنادى لكن الاستحضار اذا كان بلفظ مشتمل على وصف يتصور اثبات ذلك الوصف من جهة المنادي كان استحضاره له بتحقيق ذلك الوصف كقوله يا حر فيعتق الا اذا سماه حرا وناداه بقوله يا حر فلا يعتق وقد مر ذلك واذا كان بلفظ مشتمل على وصف لا يتصور اثبات ذلك الوصف من جهة المنادي كان النداء لمجرد الاعلام لا لتحقيق ذلك الوصف كقوله يا ابني لان المخلوق من ماء الغير لا يكون ابنا للمنادي بالنداء بلفظ الابن اه اتقاني

والاستيلاء سمى السلطان به لقيام يده واستيلائه فصار كأنه قال لا يد لى عليك ولو نص على ذلك لم يعتق ولو نوى فكذا هذا ولانه لما صار عبارة عن اليد والحجة صار نفيه تعرضا لنفى اليد والحجة لا الملك واليد تنفى بالكتابة والرهن والاجارة وغير ذلك فلا يلزم منه انتفاء الملك ولو عتق به لزال الملك واليد به أكثر مما وضع له وهو لا يجوز بخلاف قوله لا ملك لى عليك لانه يفيد انتفاء الملك وهو يحتمل ان يكون بالعتق أو بالتمليك لغيره فايهما نوى صح فان لم يكن له نية حمل على الادنى فلا يعتق وبخلاف قوله لا سبيل لى عليك لان للمولى سبيلا على مملوكه وان خرج من يده بالكتابة أو غيره فنفيه مطلقا يفيد نفى الملك وذلك بالعتق أو غيره فاذا نواه صح وعتق والا فلا لما ذكرنا فى قوله لا ملك لى عليك وأما ألفاظ الطلاق فقد ذكرناه وذكرنا فيه خلاف الشافعى فى قوله لا سبيل لى عليك وأما قوله أنت مثل الحر فلانه أثبت المماثلة بينهما وهى قد تكون عامة وقد تكون خاصة فلا يعتق بلا نية للشك قال رحمه الله (وعتق بما أنت الا حر) أى عتق بقوله ما أنت الا حر لان الاستثناء من النفى اثبات على وجه التأكيد فكان فيه اثبات الحرية بابلغ الوجوه ولو قال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر لم يعتق لانه تشبيه بحذف كاف التشبيه وتشبيه الشئ بالشئ لا يقتضى المماثلة من كل وجه ولو وصفه ولم يضف فقال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر عتق لانه وصف وليس بتشبيه والرأس عبارة عن الجملة فصار كأنه قال ذاتك ذات حر قال رحمه الله (وبملك قريب محرم ولو كان المالك صبيا أو مجنونا) يعنى يعتق عليه بتملك قريبه اذا كان محرما له ولو كان المالك صبيا أو مجنونا وقال الشافعى رحمه الله لا يعتق الا الولاد لان العتق أقوى الصلات فيناط باقرب القرابات وهو الولاد لمكان الجزئية وغير الولاد ملحق بالاجانب فى حق الاحكام كوضع الزكاة والشهادات وحل الحليلة وامتناع التكاتب عليه فكذا فى حق هذا الحكم ولا يمكن الحاقها بالولاد قياسا أو استدلالا لنزولها عن قرابة الولاد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه أبو داود وغيره وروى عن عمر وابن مسعود مثله وعن كثير من التابعين كذلك ولان القرابة المؤثرة فى حرمة النكاح هى المؤثرة فى حرمة القطع وهذا لان النكاح انما حرم بهذه القرابة صيانة للقريب عن ذل ملك النكاح والاستفراش قهرا فيؤدى الى قطيعة الرحم وملك اليمين فى ذلك أبلغ فكان أولى بالمنع صيانة والصيانة عن القطع حرم الجمع بين المحارم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال انكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن أشار الى المنافرة التى تكون بين الضرائر قال الله تعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام أى اتقوا الله أن تعصوه واتقوا الارحام أن تقطعوها فثبت بهذا أن الارحام هى التى تجب صيانتها ووصلها ويحرم قطعها فكل ما كان الذل فيه أقوى فالقطيعة فيه أشد فكانت الصيانة عنه أوجب والتعليل بالولاد والحرمة لا ينافى التعليل بغيره لجواز ترادف العلل على ما عرف فى موضعه ولا فرق فى ذلك بين أن يكون صغيرا أو كبيرا مسلما أو كافرا فى دار الاسلام وانما لا يتكاتب لانه لا ملك له فى الحقيقة ولهذا لا يفسد النكاح اذا اشترى امرأته وتحل له الصدقة وانما له التكسب خاصة وقرابة الولاد يجب مواساتها بالتكسب فلهذا تجب نفقة الولاد على الكسوب دون غيرهم من الاقارب فكذا التكاتب على أنه يتكاتب عليه فى رواية عن أبى حنيفة وهو قولهما قلنا أن نمنع والتفاوت فى الاحكام التى ذكرها لا توجب تفاوتا فى الكل ألا ترى أن قرابة الولاد أيضا تتفاوت أحكامهم فى بعض الاشياء كجريان القصاص حتى لا يقتل الوالد بولده ويقتل الولد بالوالد وكذا تجب نفقة أولاده الصغار عليه وان كان فقيرا وعلى الكسوب تجب نفقة الآباء دون أولاده الكبار ثم لا تأثير لهذا الاختلاف فى عدم العتق بالملك فكذا فيما ذكر ولو ملك الحربى قريبه فى دار الحرب لم يعتق عندهما خلافا لابى يوسف وكذا المسلم لو ملك قريبه فيها لم يعتق وكذا لو أعتق الحربى أو المسلم عبدا فى دار الحرب لم يعتق عندهما ويعتق عنده هو يقول انه مالك رقبته فيملك ازالته بالعتق وهما يقولان انه معتق بلسانه مسترق بيده لانه تحت يده وقهره ولو طرأ الاستيلاء على الحربى أبطل حريته فالمقارن أولى أن يمنع الحرية حتى لو خلى سبيله وأزال يده عنه عتق لانه لم يسترق بيده وان كان العبد

(قوله واليد به أكثر) لعله وأريد به كذا بخط شيخنا الغزى رحمه الله (قوله ولو كان المالك صبيا أو مجنونا) والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة اه هداية (قوله ولنا قوله عليه السلام من ملك ذا رحم الخ) فالرحم عبارة عن القرابة والمحرم عبارة عن حرمة النكاح اه رازى

مسلما أو ذميا عتق بالاجماع لانهما ليسا بمحل الاسترقاق بالاستيلاء قال رحمه الله (ويحرر لوجه الله والشيطان والصنم وبكره وسكر) أي يعتق العبد باعتاقه لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم أو باكراه أو بسكر بأن أعتقه وهو سكران أو مكرها لان الاعتاق هو الركن المؤثر في ازالة الرق وصفة القربة لا تأثير لها في ذلك ألا ترى أن العتق بالمال والكتابة مشروع وان عريا عن صفة القربة فلا ينعدم بعدمها أصل العتق ولا يختل به ازالة الرق وكذا عتق المكره والسكران واقع لصدوره من أهله مضافا الى محله ولا يشترط في الاسقاطات الرضا وبالاكراه ينعدم الرضا ولا تأثيرله في اعدام الحكم ألا ترى الى ماروى عنه عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهازل لا يرضى بالحكم ولا يريده وعن عمر رضي الله عنه أنه قال من تكلم بنكاح أو طلاق أو عتاق فهو جار عليه وقد بيناه في كتاب الطلاق بأكثر من هذا قال رحمه الله (وان أضافه الى ملك أو شرط صح) أي ان أضاف العتق الى ملك بأن قال ان ملكتك فأنت حر أو علقه بشرط بان قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر جاز لانه من الاسقاطات وفي الاول خلاف الشافعي وقد بينا الوجه فيه في كتاب الطلاق واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وذكروا للعتق أسبابا كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عن عبده المسلم كما ذكرنا في عبيد الطائف ومنها اذا أقر بحرية عبد انسان ثم ملكه ولو قال لعبده أنت عتيق فلان عتق عليه لاقراره بحريته وألفاظ العتق تنقسم الى ثلاثة أقسام صريح وكناية وما يجري مجرى الصريح والاعتاق على وجوه مرسل ومعلق ومضاف الى ما بعد الموت وكل ذلك يتنوع الى نوعين ببدل وغير بدل وكل ذلك ينقسم الى ثلاثة أقسام قربة ومعصية ومباح كالعتق لاجل انسان أو بلا نية قال رحمه الله (ولو حرر حاملا عتقا) أي لو أعتق أمة حاملا عتقت هي وحملها لانه تبع لها اذ هو متصل بها وقال أبو يوسف اذا خرج أكثر الولد فأعتق الام لا يعتق الولد لانه كالمنفصل في حق الاحكام ألا ترى انه تنقضي به العدة ولو مات في هذه الحالة يرث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر قال رحمه الله (وان حرره عتق فقط) أي ان أعتق الحمل عتق وحده دون الام لان الام لم يضف اليها الاعتاق ولا يمكن جعلها تبعا للحمل لما فيه من قلب الموضوع فلا يعتق والحمل محل للعتق ولهذا يعتق تبعا للام فلان يعتق اذا أفرده أولى وانما لم يصح بيعه ولا هبته لان التسليم في الهبة والقدرة عليه في البيع شرط الجواز وشئ من ذلك ليس بشرط في العتق ولهذا جاز عتق الآبق دون بيعه وهبته ولان اعتاقه على تقدير انفصاله حيا لان العتق يقبل الاضافة والتعليق فكأنه علقه بكونه حيا بخلاف البيع والهبة فافترقا ولو أعتق الحمل على مال بان شرطه على الام صح العتق ولا يجب المال على الجنين لعدم ولاية الغير عليه ولا على الام لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز ولانه لا يجب للمولى على أمته دين وانما قلنا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي لانه معاوضة واشتراط العوض على من لم يسلم له العوض لا يجوز كالثمن والاجرة بخلاف بدل الخلع والقصاص حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي لان القاتل والمرأة لا يستفيدان بالعقد شيأ وانما يسقط عنهما حق الغير ومع هذا جاز اشتراطه عليهما فكذا على الاجنبي لكونه مثلهما في هذا المعنى أعني في عدم حصول الفائدة وأما العبد فلانه يملك نفسه بالاعتاق ويثبت له قوة حكمية لم تكن له قبل فان نفسه كانت مملوكة لمولاه فكان العتق على مال في معنى المعاوضة وسلم المعوض العبد فلا يجوز اشتراط العوض على غيره وانما يعرف قيام الحمل وقت الاعتاق اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت لتيقننا بوجوده وقت الاعتاق وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من ذلك الوقت لم يعتق لانه لم يتيقن بوجوده في بطنها وقت الاعتاق الا أن تكون معتدة عن طلاق أو وفاة فتلد لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين أعتقه ألا ترى انه يثبت نسبه منه من وقت الاعتاق ومن ضرورته وجوده

(قوله بأن أعتقه وهو سكران أو مكرها) قوله مكرها بالنصب في خط الشارح اه (قوله ومنها زوال يد الكافر عن عبده المسلم) قال في فتح القدير وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب ثم قال وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل به الى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة وكذا زوال يده عنه بان هرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام اه (قوله في المتن ولو حرر حاملا عتقا) * فرع ذكره الشارح في الاجارة في باب ضمان الاجير لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقتني قبل ولادته فيكون حرا تبعا لي وقال المولى أعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لان الظاهر يشهد له اه

عنده قال رحمه الله (والولد يتبع الام فى الملك والحرية والرق والتدبير والاستيلاد والكتابة) لاجماع الامة عليه ولان ماءه يكون مستهلكا بمائها فيرجح جانبها ولانه متيقن به من جهتها ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال هو كعضو من أعضائها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها ويدخل فى البيع والعتق وغيرهما من التصرفات تبعا لها فكان جانبها أرجح وكذلك يعتبر جانب الام فى البهائم أيضا حتى اذا تولد بين الوحشى والاهلى أو بين المأكول وغير المأكول يؤكل اذا كانت أمه مأكولة وتجوز الاضحية به اذا كانت أمه مما يجوز التضحية بها فحاصله أن الولد يتبع الام فيما ذكرنا والاب فى النسب لانه للتعريف والام لا تشهر وخيرهما فى الدين وقوله يتبعها فى الرق والملك والفرق بينهما أن الرق هو الذل الذى ركبه الله على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو الذى يتمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه وأول ما يؤخذ المأسور يوصف بالرق ولا يوصف بالملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والملك يوجد فى الجماد والحيوان غير الآدمى دون الرق وبالبيع يزول ملكه دون الرق وبالعتق يزول ملكه قصدا لانه حقه ويزول الرق ضمنا ضرورة فراغه من حقوق العباد ويتبين لك الفرق بينهما فى الولد القن وأم الولد والمكاتب فان الرق والملك كاملان فى القن ورق أم الولد ناقص حتى لا يجوز عتقها عن الكفارة والملك فيها كامل والمكاتب رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لى حر قال رحمه الله (وولد الامة من سيدها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لان ماءها مملوك له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة فرجحنا جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضى بذلك لعلمه به بخلاف ولد المغرور لانه لم يرض الوالد به فلهذا قلنا على حرا فى حقه فلا يتبعها الولد والله أعلم بالصواب

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

قال رحمه الله (من أعتق بعض عبده لم يعتق كله وسعى له فيما بقى وهو كالمكاتب) وهذا عند أبى حنيفة رحمه

(قوله فى المتن والولد يتبع الام فى الملك والحرية والتدبير الخ) قال فى الهداية فى باب التدبير وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك اجماع الصحابة رضى الله عنهم قال الاتقانى قوله وولد المدبرة مدبر هذا لفظ القدورى فى مختصره وعامة النسخ هنا بالتأنيث فى المضاف اليه وهو الصواب وفى بعض النسخ بالتذكير وليس بصحيح لان ولد العبد المدبر لا يخلوا اما ان كان من أمة أو حرة فان كان من أمة يكون رقيقا للمولاه ولا يكون مدبرا كابيه وان كان من حرة يكون حرا بخلاف ما اذا كان الولد من أمة مدبرة فانه يكون مدبرا تبعا الامه لان الاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد ولهذا صرح بالتأنيث فى الشامل فى قسم المبسوط وقال ولد المدبرة بمنزلتها لما روى عن عثمان وزيد بن ثابت وابن عمر رضى الله عنهم أن ولد المدبرة مدبر وكذلك فى فتاوى الولوالجى حيث قال وولد المدبرة بمنزلتها كولد الحرة وهذا مذهبنا وقال الشافعى لا يدخل فى تدبيرها لنا ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها اه قوله وولد المدبرة مدبر ثم المراد الولد الذى كانت حاملا به وقت التدبير أو الولد الذى حملت به بعد التدبير أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها أما الذى كان حملا فبالاجماع كما لو أعتقها وهى حامل وأما (٧٢) الذى حملت به بعده ففى قول أكثر أهل العلم (٢) ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولادتها فقال ولدته (قوله وغيرهما) الذى فى خط الشارح وغيره اه (قوله والملك) هو تمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه قال الاتقانى لان الرق حق الله تعالى لما أن الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جعلهم الله تعالى أرقاء لعبيده فكان سبب رقهم كفرهم أو كفر أصولهم أو الرق حق عامة المسلمين وهو كونه وسيلة الى نفعهم واقامة مصالحهم ودفع الشر عنهم اه اتقانى (قوله حتى لا يجوز عتقها عن الكفارة والملك فيها كامل) ولهذا لو قال كل مملوك لى حر تدخل أم الولد فيه ولا تدخل المكاتبة كما سيأتى متنا وشرحا فى الايمان اه وكتب ما نصه حتى جاز له وطؤها وكذا المدبرة وقدمر مبسوطا فى باب الظهار اه (قوله ولا يدخل تحت قوله كل مملوك حر لى) وملكه ناقص فلا يحل للمولى وطء المكاتبة لنقصان الملك فيها اه

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

لما ذكر اعتاق الكل شرع فى اعتاق البعض لان الاصل فى كل ثابت كماله ونقصانه بعارض ولان الاول متفق عليه وفى الثانى اختلاف والاصل عدم الاختلاف ولان الاول كثير الوقوع فاستحق التقديم والثانى قليل فأخره اه اتقانى (قوله فى المتن من أعتق بعض عبده) قال الكمال وظاهر أن هذا اذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياسه فى قول أبى حنيفة أنه يعين سدسه كما فى الوصية بالسهم من عبده فيسعى فى خمسة أسداسه اه وسيأتى فى كلام الشارح اه (قوله لم يعتق كله) قال الرازى فيما كتبه بخطه على حواشى شرحه عند قوله لم يعتق كله ولا بعضه بل يزول الملك عن الشقص ويتأخر العتق الى زوال الملك عن الكل بالسعاية ولهذا كان رقيقا فى شهاداته وسائر أحكامه اه (قوله وسعى فيما بقى وهو كالمكاتب)

---

(٢) قوله ولو اختلف المولى الخ لم يذكر جواب لو ولعله سقط من الناسخ وبالتأمل فى الفرع الذى نقله عن الشارح قريبا يتضح هذا اه مصححه

قال في الكافي ومادام يسعى فهو مكاتب ويجب ازالة الملك عن الباقي بالاستسعاء أو الاعتاق فاذا زال كل ملكه يعتق حينئذ كله اهـ وكتب مانصه قال في الكافي غير أنه اذا عجز لا يرد الى الرق بخلاف الكتابة المقصودة لان السبب ثم عقد يحتمل الفسخ وهنا السبب ازالة الملك لا الى أجل فلا يحتمل الفسخ وهذا لان الكتابة عقد صدر من شخصين فانتقل الحق من السيد الى المكاتب تحصيلا لمقصود المكاتب والشئ مهما بقي قبل التصرف فيه واذا اضمحل فلا اهـ (قوله وقالا يعتق كله) وهو قول الشافعي ولا سعاية عليه اهـ كافي (قوله وأما نفس الاعتاق الخ) قال في المجمع والاعتاق يتجزأ وقال العمادي في الفصل الاربعين والاعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ وقد يشتبه على بعض الفقهاء تصور الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه وذلك لان العتق لا يتجزأ عندنا فاذا أعتق من العبد شقصه ثبت العتق فيه وفي عامة الاشقاص ضرورة أن العتق لا يتجزأ فيجب أن يكون معتق البعض حرا على قول الكل وليس كذلك فان على قول أبي حنيفة معتق البعض بمنزلة المكاتب وهذا الاشتباه انما ينشأ من الجهل بحقيقة الاعتاق فنقول يحتاج في تقرير هذه المسئلة الى معرفة معنى الرق فالرق في اللغة عبارة عن الضعف يقال رق الشئ اذا ضعف وخفي أثره ورق الثوب اذا ضعف من طول اللبس وثوب رقيق اذا كان ضعيف النسج والتركيب وفي الشرع عبارة عن ضعف حكمي في الآدمي والمراد من الضعف الحكمي حال حكمية في المحل لاجل تلك الحالة يصح ثبوت الملك فيه وايراد الملك عليه كما في الحياة مع العلم فان الحياة شرط مصحح لحصول العلم في المحل وانه معنى وراء الملك لان الملك معنى يثبت في المحل بناء على سبب يوجد في المحل من جهة العبد وقبول المحل الملك ثابت قبل ذلك فكان الرق معنى وراء الملك ضرورة والعتق عبارة عن القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره ومنه عتاق الطير وهي جوارحها الاختصاصها بمزيد القوة والخمرة اذا تقادم عهدها تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها فهذا معناه لغة وفي الشرع عبارة عن القوة الحكمية يظهر أثرها في المالكية والغرض من المالكية تملك الاشياء باسبابها (٧٣) وسيأتيك التقريب في أثناء المسئلة واذا ثبت هذا فنقول الاعتاق اذا وجد يزول به الملك والرق فبنا أن ننظر أن تأثيره في زوال الملك قصدا وابتداء أم يثبت زواله ضمنا وتبعا لزوال الرق فعلى قول أبي حنيفة تأثير الاعتاق في ازالة الملك قصدا وابتداء وفي ازالة الرق ضمنا وتبعا وعندهما تأثير الاعتاق في ازالة الرق قصدا وابتداء وفي ازالة الملك ضمنا وتبعا وجه قولهما هو أن الرق لما كان عبارة عن الضعف والاعتاق عبارة عن اثبات القوة باثبات العتق وهو لا يتجزأ باجماع أصحابنا رحمهم الله واثبات القوة يكون بازالة الضعف الذي هو الرق فلو كان الاعتاق يتجزأ يلزم نوع محال لانه اذا أعتق البعض يثبت العتق في ذلك البعض عملا به وذلك لان الاعتاق فعل متعد لازمه العتق ولا وجود للمتعدي الا أن يثبت لازمه كالكسر لا يتحقق بدون الانكسار واذا ثبت العتق في ذلك البعض ولم يثبت العتق في سائر الابعاض يتقرر ثبوت العتق في الشقص يكون العتق متجزئا وقد ثبت أنه لا يتجزأ ولابي حنيفة أن الاعتاق تأثيره في ازالة الملك قصدا وابتداء ويثبت زوال الرق ضمنا وتبعا وبيانه أن الرق انما يثبت حقا للشرع أو حقا للعامة المسلمين لانه انما يكون جزاء على كفره أو كفر أصوله حيث استنكفوا عن أن يكونوا عبيدا لله فالله تعالى ضرب عليهم الرق ليكونوا عبيد عبيده مجازاة لهم على الاستنكاف أو يكون حقا للعامة المسلمين ليكون معونة لهم على اقامة التكاليف فثبت أن الرق حق الشرع أو حق عامة المسلمين فبعد ذلك لا يجوز أن يكون الاعتاق تأثيره في ازالة الرق قصدا وابتداء لانه خلاف قاعدة الشرع لان قاعدة الشرع أن لا يكون الانسان بسبيل من ابطال حق الغير قصدا وابتداء أما يجوز أن يكون بسبيل من ابطال حق نفسه قصدا وابتداء ثم يبطل حق غيره ضمنا وقصدا ألا ترى أن العبد المشترك بين اثنين اذا أعتق أحدهما نصيب صاحبه قصدا لا يجوز ولو أعتق نصيب نفسه يعتق نصيب الآخر أو يفسد على اختلاف الاصلين فلو جعلنا تأثير الاعتاق في ازالة الرق قصدا وابتداء كان فيه ابطال حق الغير قصدا وابتداء وانه خلاف قاعدة الشرع ولو جعلنا تأثيره في ازالة الملك قصدا وابتداء كان فيه ابطال حق نفسه قصدا لان الملك يتمحض حقا له فيثبت أن الاعتاق تأثيره في ازالة الملك قصدا والملك مما يقبل الوصف بالتجزي والاثبوتا فكان الاعتاق متجزيا اهـ كلام العمادي (قوله ولان الاعتاق

رحمه الله وقالا يعتق كله وأصله أن الاعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو متجز وعندهما يوجب زوال الرق وهو غير متجز وأما نفس الاعتاق أو العتق فلا يتجزى بالاجماع لان ذات القول وهو العلة وحكمه وهو زوال الحرية فيه لا يتصور فيه التجزي وكذا الرق لا يتجزى بالاجماع لانه ضعف حكمي والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما في شخص واحد فاذا ثبت هذا فأبو حنيفة اعتبر جانب الرق فجعله رقيقا على ما كان وقال زوال ملكه عن البعض الذي أعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار كله حرا لهما على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا له في عبد عتق كله ليس لله فيه شريك ولان الاعتاق

اثبات العتق فى المحل كالاعلام الخ) والعتق قوة حكمية يظهر بها سلطان المالكية ونفاذ الولاية واثباته بازالة ضده وهو الرق الذى هو ضعف حكمى أى حالة حكمية فى المحل يصح ثبوت الملك فيه باعتبارها وبقاء الملك فيه لا يكون الا ببقاء الرق وهو لا يتجزأ كالعتق فى الصحيح لاستحالة أن يكون بعض الشخص قويا متصفا بالمالكية وأهلية الشهادة والولاية والبعض ضعيفا زائل المالكية والولاية والشهادة ولان الرق عقوبة الكفر ولا يتصوّر وجوبها على النصف شائعا لان الذنب لا يتصوّر فى النصف دون النصف وانا لم يكونا متجزئين لم يكن الاعتاق متجزئا ضرورة والا يلزم الاثر بلا مؤثر أو عكسه وصار كالتطليق والطلاق وما لا يتجزأ اذا ثبت بعضه ثبت كله كالطلاق والاستيلاد والعفو عن القصاص اهـ كافى (قوله فلا يتجزأ كالطلاق والاستيلاد) حتى لو استولد الامة المشتركة تصير كلها أم ولده اهـ (قوله والعفو عن القصاص) فان عفا أحد الورثة عن نصيبه يسقط القود اهـ (قوله وتكليف العتق فى الباقى لا يتصوّر الا عند قيام الملك فيه) والرق فى الباقى والا يكون تكليفا بتحصيل الحاصل اهـ كافى (قوله لان الاضافة) أى اضافة العتق اهـ (قوله توجب ثبوت المالكية) أى العبد اهـ (٧٤) (قوله فى كله) اذ لا يتمكن من التصرف مع بقاء الملك فى بعضه اهـ رازى (قوله عنه) أى العبد من المالكية فى الكل اهـ (قوله فى المتن وان أعتق نصيبه الخ) قال فى الهداية واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق قال الكمال أى زال ملكه فان كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق نصيبه منجزا وان شاء مضافا وينبغى اذا أضافه أن لا تقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغى أن يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وان شاء ضمن المعتق قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه وان شاء استسعى العبد فيها فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما فى الوجهين أى فى الاعتاق والسعاية وهذا كله عند أبى حنيفة هكذا ذكر فى الاصل وذكر فى التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وان يدبره وعلمت حكمه وأن يستسعى وان يكاتبه وهو يرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤجره جبرا ويدل على أن الكتابة فى معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته ان كان من النقدين لا يجوز الا بقدر ما يتغابن الناس فيه لان الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الا كثر وكذا لو صالحه على عرض أكثر اهـ (قوله فلشريكه أن يحرر أو يستسعى) قال الكمال والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره فى جوامع الفقه وسيجىء أنه اذا امتنع عن السعاية فعل ذلك ان كان له عمل معروف وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا وانما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا اهـ (قوله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار الخ) ولا يرجع بما ضمن عندهما كما سيأتى اهـ (قوله وله أنه احتبست) على صيغة المبنى للفاعل اهـ اتقانى ولا يقال ان هذا التعليل فى معارضة النص لانه أوجب السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا لانا نقول الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فافهم اهـ اتقانى

اثبات العتق فى المحل كالاعلام اثبات العلم فلا يتجزى كالطلاق والاستيلاد والعفو عن القصاص ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا له فى عبد كلف عتق بقيته وتكليف العتق فى الباقى لا يتصوّر الا عند قيام الملك فيه فاذا بقى فيه بقى فى الكل ضرورة عدم التجزى ولان الاعتاق ازالة الملك لا ازالة الرق لان الملك حقه والرق حق الشرع أو العامة فلا يدخل تحت ولايته وتصرفه الا ما هو حقه ولا يتعدى الى ما وراءه الا للضرورة ولا ضرورة هنا لان حقه وهو الملك يقبل الوصف بالتجزى كما اذا أزاله بغيره من الاسباب من بيع أو هبة فيبقى الرق على حاله لعدم ما يزيله لا قصدا ولا ضمنا بخلاف ما اذا أعتق كله حيث يزول الرق تبعا لزوال الملك لان الرق كان لاجلهم فاذا فرغ عن حقوق العباد زال الرق ضرورة وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا فاذا بقى الملك فى بعضه فلا يزول الرق لبقاء حق العبد فيه فيبقى على ما كان وتجب السعاية عليه لاحتباس مالية البعض عنده فصار كالمكاتب لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية فى كله وبقاء الملك فى البعض يمنعه فعملنا بالدليلين بجعله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فلهذا له ان شاء وان شاء أعتقه لانه قابل له كالمكاتب غير أنه لا يفسخ بالعجز بخلاف الكتابة وليس فى الطلاق الا التصرف فى ملكه بالازالة وكذا فى العفو عن القصاص فجاز ازالته قصدا ولا لهما حالة متوسطة فأثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفى القنية لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد ولو قال بعضك حر أو جزء منك حر يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر عتق سدسه وعندهما يعتق كله فى الكل لما ذكرنا قال رحمه الله (وان أعتق نصيبه فلشريكه أن يحرر أو يستسعى والولاء لهما أو يضمن لو موسرا ويرجع به على العبد والولاء له) أى للمعتق وهذا عند أبى حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار والولاء للمعتق فى الوجهين وهذا مبنى على أصلين أحدهما ثبوت الحرية فى الكل بعتق البعض وعدم ثبوته وقد بيناه والثانى أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنعها وله قوله عليه الصلاة والسلام فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر قسم والقسمة تنافى الشركة وله أنها احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب

(قوله فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه) أى ان اختار صاحب الثوب امساكه اه كافى (قوله غير أن العبد فقير فيستسعيه) وفى الحديث بيان ان الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفى وجوب السعاية على العبد بوصف التخيير وفائدة القسمة فى نفى الضمان لو كان فقيرا اه كافى (قوله ثم المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى) ويسار الغنى ان يملك نصابا اه (قوله لان فى ذلك اعتدال النظر من الجانبين) أى جانب المعتق وجانب الساكت اه (قوله ويعتبر حاله) أى حال المعتق فى اليسار والاعسار اه (قوله يوم الاعتاق) وكذا المعتبر فى القيمة فى الضمان والسعاية حالة الاعتاق اه مستصفى قوله وكذا المعتبر فى القيمة فى الضمان والسعاية حالة الاعتاق لانه السبب كما فى الغصب اه كافى (قوله وان اختلفا فيه) أى فى اليسار اه (قوله والولاء للمعتق) أى فى حالتى الضمان والسعاية اه (قوله حيث امتنع عليه التصرفات) يعنى من البيع والهبة والصدقة والوصية والاجارة والاستخدام والامهار اه اتقانى (قوله سوى الاعتاق وتوابعه) وأراد بالتوابع التدبير والكتابة والاستيلاد اه اتقانى (قوله ضمنا) جواب سؤال مقدر بأن يقال المستسعى (٧٥) كالمكاتب وذلك لا يقبل النقل من ملك الى ملك فالمستسعى كذلك فكيف يملكه المعتق باداء الضمان فأجاب عنه بقوله ضمنا أى كم من شئ ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا اه اتقانى (قوله ولا يرجع العبد المستسعى على المعتق الخ) قال فى الكافى وفى حال اعسار المعتق له أن يعتق أو يستسعى لبقاء ملكه والولاء له لان العتق منه ويرجع المستسعى على المعتق بما أدى اذا أيسر عند ابن أبى ليلى لانه هو الذى ألزمه ذلك بفعله وعندنا لا يرجع أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان معتق البعض كالمكاتب فهذا ضمان وجب على العبد وهو يستفيد به عتقا فلا يرجع به على المولى كالمكاتب وأما عندهما فلانه لم يستفد بهذا الضمان عتق لانه عتق كله قبل الضمان فناقضى بدين وجب على المولى ليملك ما فى ذمته لان المولى معسر وضمان العتق لا يجب على المعسر وانما يجب على العبد لانه لما تعذر الايجاب على المولى المعسر لعسرته وتعذر ازالة ملك الشريك مجانا الضرورة أوجبنا على العبد لان منفعته حصلت له فكان هذا ايجاب ضمان على العبد بعوض حصل له فلا يرجع به على غيره اه (قوله وللساكت أن يدبره أو يكاتبه) وحينئذ فيكون له خيارات خمس وفى المتن جعل له ثلاث خيارات اه قال الكمال ولو مات الساكت قبل أن يختار شيأ فاورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذى أوجب الخيار للمورث ثابت فى الورثة فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان يتملك بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاء فى هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه فى ذلك الذكور من أولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت اه

انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا فكذا هنا غير أن العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر فاضلا عما يحتاج اليه من ملبوسه ونفقة عياله وسكناه لان بذلك اعتدال النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ويعتبر حاله يوم الاعتاق حتى لو أيسر بعده أو أعسر لا يعتبر لانه حق وجب بنفس العتق فلا يتغير بعده وان اختلفا فيه يحكم الحال الا أن يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فيكون القول قول المعتق لانه منكر وان اختلفا فى قيمة العبد يوم العتق فان كان قائما يقوم الحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر وان اتفقا على أن الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول للمعتق قائما كان العبد أو هالكا وان اختلفا فى الوقت والقيمة فادعى الساكت أنه أعتقه الحال يحكم بالعتق للحال ويقوم لان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق على العبد بعد ما ضمن لعدم وجوب السعاية فى حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله حصل من جهته لعدم التجزى وأما التخريج على قوله فخيار العتق لقيام ملكه فى الباقى اذ لم يزل الرق عنده وخيار التضمين لجناية المعتق على نصيبه بالافساد حيث امتنع عليه التصرفات سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لاحتباس المالية عند العبد ورجوع المعتق على العبد بما ضمن لقيامه مقام الساكت باداء الضمان وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقى أو يستسعى ان شاء والولاء للمعتق فى هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفى حال اعسار المعتق الساكت بالخيار ان شاء أعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لاحتباس ملكه عند العبد والولاء له فى النصف لوجود العتق من جهته بهذا القدر فيكون الباقى للآخر فيكون ولاء العبد مشتركا بينهما فى الوجهين ولا يرجع العبد المستسعى على المعتق بما أدى باجماع أصحابنا لانه أدى لفكاك رقبته بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى فى دين على الراهن لان رقبته قد فكت وهو غير متبرع فيه فيرجع به عليه وعند ابن أبى ليلى يرجع به على المعتق لانه هو الملزم له كالمرهون وقد بينا الفرق بينهما وللساكت أن يدبره أو يكاتبه ان شاء لان التدبير نوع عتق والكتابة استسعاء وان

كان الشريك عبدا مأذونا له فان كان عليه دين فله خيار التضمين والاستسعاء وان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى فيكون له الخيارات الخمس ان كان موسرا والا فالاربع وان كان الشريك صبيا فان كان له ولى أو وصى فالخيار اليه وان لم يكن له ذلك نصب القاضى له وصيا أو ينتظر بلوغه وقال الشافعى رحمه الله ان كان المعتق موسرا عتق ويضمن لشريكه قيمة نصيبه وان كان معسرا عتق نصيبه ونصيب شريكه باق على حاله يتصرف فيه شريكه كيف شاء من البيع وغيره سوى السعاية لقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق رواه البخارى وقال عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه والا فقد عتق منه ما عتق رواه البخارى ومسلم ولانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لعدم جنايته ورضائه ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا له فى مملوك فخلاصه عليه فى ماله ان كان له مال والا قوم عليه واستسعى به غير مشقوق أى لا يشدد عليه الامر رواه البخارى ومسلم وغيرهما وقال عليه الصلاة والسلام من أعتق نصيبا له فى مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه رواه البخارى ومسلم وغيرهما وذكر الطحاوى عن عبد الرحمن عن ابرهيم بن يزيد قال كان غلام لنا قد شهد القادسية فأبلى فيها وكان بينى وبين أخى الاسود وأمى فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر ذلك الاسود لعمر بن الخطاب فقال أعتقوا أنتم فاذا بلغ فان رغب فيما رغبتم أعتق والا ضمنكم فبين أن له أن يعتق بعد البلوغ مع ايجاب الضمان عليهم ولا يمكن ذلك الا اذا بقى رقيقا والسعاية تثبت بما روينا من الحديث وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعاء ثلاثون صحابيا ولان الاستسعاء لا يفتقر الى الجناية بل ينبنى على احتباس المالية على ما بينا فلا يصار الى المحال وهو الجمع بين الضعف والقوة الحكميين وليس فيما رواه ما ينافى مذهبنا بل فيه دليل على ما نقول انه عليه الصلاة والسلام قال فى الحديث الاول فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق وكلمة ثم للتراخى فدل على انه يعتق بعد ذلك إما بعتقه أو بالسعاية وقال فى الحديث الثانى فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه بالواو وهى لا تنافى الترتيب ولا التراخى فحملنا عليه توفيقا بين الاحاديث وقوله والا فقد عتق منه ما عتق لم تصح هذه الزيادة عن الثقة أنه من قوله عليه الصلاة والسلام حتى قال أيوب ويحيى بن سعيد لا ندرى أهو شئ فى الحديث أو قاله نافع من قبله وهما الراويان لهذا الحديث وقال ابن حزم فى المحلى هى مكذوبة قال رحمه الله (ولو شهد كل بعتق نصيب صاحبه سعى لهما) أى لو شهد كل واحد من الشريكين بعتق نصيب صاحبه بأن قال كل واحد منهما لشريكه أعتقت نصيبك منه سعى لهما العبد موسرين كانا أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق وعلى نفسه بالمكاتب فلا يقبل قوله على صاحبه ويقبل فى حق نفسه فيمتنع به استرقاقه ويستسعيه للتيقن به لانه ان كان صادقا فهو مكاتبه وان كان كاذبا فهو عبده ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار عنده لان حق الاستسعاء لا يبطل باليسار بل يثبت له الخيار وهنا تعذر التضمين لانكار الآخر فبقى الخيار بين الاستسعاء والاعتاق والتدبير والكتابة على ما تقدم والولاء لهما لان كلا منهما يزعم أنه عتق نصيبه من جهته بالسعاية ورد قوله أعتقه شريكى أو قبوله لا يتغير به ذلك لما عرف أن نصيب الساكت رقيق على حاله ولهذا لا يعتق من العبد شئ حتى يوفيهما السعاية وقال أبو يوسف ومحمد اذا كانا موسرين لا تجب عليه السعاية لان كلا منهما يتبرأ عنه بدعوى الضمان على المعتق فى زعمه لان كلا منهما موسر ويسار المعتق

(قوله وان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى) لان كسبه مملوك للمولى فى هذه الحالة اه فتح (قوله فيكون له الخيارات الخمس) الاعتاق والتضمين والاستسعاء والتدبير والكتابة اه (قوله وان كان الشريك صبيا) قال الكمال رحمه الله ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية (٧٦) لوليه والتضمين أولى لانه أنظر ولو لم يكن له ولى انتظر بلوغه ليختار قيل هذا فى موضع ليس فيه قاض فان كان فى موضع فيه قاض نصب القاضى له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولى اختيار العتق لانه تبرع بمال الصغير وكذا لو كان مكان الصبى مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما الا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فان له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة المكاتبة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لانهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى اه (قوله فان كان له ولى أو وصى فالخيار اليه) يعنى فى التضمين أو السعاية اه (قوله وان كان معسرا عتق نصيبه) فالعتق عندهما لا يتجزأ ان كان موسرا وان كان معسرا يتجزأ اه كافى (قوله ونصيب شريكه باق الخ) له أن عسرة العبد أظهر من عسرة المعتق لانه ليس بأهل لملك المال فاذا لم يجب الضمان على المعتق بعسرته فأولى الكل دفعا للاضرار بالشريك فيبقى على ما كان من قبل اه كافى (قوله فى المتن ولو شهد كل بعتق الخ) أراد بالعتق الاعتاق اه اتقانى (قوله بل يثبت له) أى الساكت اه (قوله أو قبوله) أى قبول المال من العبد وقت السعاية اه (قوله لا تجب عليه السعاية) أى لتصادقهما على حريته اه

(قوله يمنع السعاية) أى عندهما اه (قوله وان كانا معسرين سعى لهما) أى فى قيمته اه (قوله لان كلا منهما يدعى عليه السعاية) أى هنا لانه يقول شريكى أعتق وهو معسر اه (قوله سعى للموسر منهما) أى فى نصف قيمته اه (قوله فى المتن ولو علق أحدهما عتقه الخ) قال الكمال رحمه الله ولا يخفى من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار اه (قوله وكذا عند أبى يوسف ان كانا معسرين) أى وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ لما مر وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى فى ربع قيمته للموسر لانه يدعى السعاية والمعسر يتبرأ عن السعاية بدعوى الضمان على الموسر ودعواه ليس بحجة عليه فلا يثبت الضمان ويثبت الابراء اه رازى (قوله أو طلق واحدة منهن الخ) قال فى المحيط فى باب تطليق احدى امرأتيه لا بعينها ولو قال احدى امرأتيه طالق فالبيان اليه لانه المجهل ويجبر على البيان اذا كان ثانيا أو ثالثا لان احداهما محرمة عليه فلا يمكن استدامة نكاحها وتجب العدة من وقت البيان لان العدة من المجهولة لا تتصور وللبيان حكم الانشاء فى المعينة ولو ماتت احداهما تعينت الاخرى للطلاق لان الميتة لم تبق محلا للطلاق ولو قال عينت الميتة صدق فى حق الميراث فلا يرث منها والطلاق واقع على الباقية لانها تعينت للطلاق ظاهرا فلا يصدق فى صرف الطلاق عنها لانه حقها وكذلك اذا ماتتا جميعا احداهما بعد الاخرى ثم قال عينت التى ماتت أولا لم يرث منهما لانه سقط ميراثه عن الاولى بالاعتراف وعن الثانية لتعينها للطلاق ولو ماتتا معا أو احداهما قبل الاخرى ولم تعرف ورث من كل واحدة نصف ميراثها لانه يستحق الميراث من احداهما وهى مجهولة فيوزع عليهما ولو مات الزوج قبل البيان ورثتا ميراث امرأة بينهما لان الواحدة تستحقه واحداهما ليست بأولى من الاخرى فينصف بينهما ولو لم يمت لكن جامع احداهما أو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها أو آلى أو طلقها تعينت الاخرى للطلاق اه باختصار وفى الباب فروع أخر اه (قوله كما اذا أعتق أحد عبديه بغير عينه الخ) قال قاضيخان رحمه الله فى فصل العتق المبهم ما نصه رجل قال أمة وعبد من رقيقى أحرار ثم مات قبل البيان فان كان له عبدان وأمة عتقت الامة ومن العبدين من كل واحد منهما نصفه ولو كان له أمة وثلاثة أعبد عتقت الامة ومن العبيد من كل واحد ثلثه وان كان له ثلاثة أعبد وثلاثة اماء عتق من الاماء من كل واحدة ثلثها ومن العبيد كذلك ولو كان له ثلاثة أعبد وأمتان عتق نصف كل أمة ونصف كل عبد اه قال قاضيخان وعن محمد لو قال لجاريتين احدا كما حرة ثم مات قبل البيان يعتق النصف من كل واحدة منهما لا يكون البيان الى الورثة ولو قال احدا كما أم ولدى ومات قبل البيان كان البيان الى الوارث اه ذكره فى أواخر فصل من تجوز وصيته ومن لا تجوز اه (قوله والآخر معسر سعى) أى فى نصف قيمته اه

يمنع السعاية ولا يجب له الضمان على صاحبه لعجزه عن اقامة البينة باعتاقه واقراره غير مقبول عليه وان كانا معسرين سعى لهما لان كلا منهما يدعى عليه السعاية فيقبل قوله عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بينا وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى السعاية على العبد ولا يسعى للمعسر لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك عندهما لانه للمعتق منهما وكل يحيله على صاحبه ويتبرأ منه فيكون موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما قال رحمه الله (ولو علق أحدهما عتقه بفعل فلان غدا وعكس الآخر ومضى ولم يدر عتق نصفه وسعى فى نصفه لهما) أى لو علق أحد الشريكين عتق العبد المشترك بينهما بفعل شخص بأن قال أحدهما إن دخل فلان الدار غدا فهو حر وعكس الآخر بأن قال ان لم يدخل فلان ذلك تلك الدار بعينها غدا فهو حر ومضى الغد ولم يدر أدخل أم لا عتق نصفه للتيقن بحنث أحدهما وسعى لهما فى نصف قيمته وهذا عند أبى حنيفة وكذا عند أبى يوسف ان كانا معسرين وقال محمد يسعى فى جميع قيمته ان كانا معسرين على ما يأتيك بيانه على التمام لمحمد رحمه الله أن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول فلا يمكن القضاء به مع الجهالة فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى عليه بشئ للجهالة فكذا هذا ولان كل واحد منهما يدعى حنث صاحبه وينفيه عن نفسه فيكون شاهدا على صاحبه بالعتق ضرورة فيسعى العبد لهما كالمسئلة الاولى ولهما أنا تيقنا بحنث أحدهما وبسقوط نصف السعاية عن العبد فلا يجوز القضاء به مع التيقن بخلافه كمن طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول فمات قبل البيان أو طلق واحدة منهن معينة فنسيها ثم مات قبل التذكر سقط نصف المهر للتيقن به وان كان المقضى عليها منهن مجهولة بخلاف المسئلة الاولى لانا لم نتيقن بصدق أحدهما فاحتمل أن يكونا كاذبين فلا يسقط ما كان ثابتا بيقين باحتمال صدقهما أو صدق أحدهما والجهالة ترتفع بالتوزيع كما اذا أعتق أحد عبديه بغير عينه أو بعينه ونسيه ثم مات قبل البيان أو التذكر وكما اذا طلق احدى نسائه على ما ذكرنا ولا يقال فيه ابطال حق أحدهما بيقين وهو غير المعتق منهما بالتنقيص لانا نقول هو أهون من ابطال حق العبد بالاسقاط مع العلم به ثم عند أبى حنيفة تجب السعاية لهما فى نصف قيمته لكل واحد منهما الربع سواء كانا موسرين أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا لما بينا وعند محمد ان كانا معسرين سعى لهما فى جميع قيمته لكل واحد منهما فى النصف وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر ولم يسع للمعسر وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد

(قوله في المتن ولو حلف كل واحد منهما بعتق عبده) يعني بان قال أحدهما إن دخل فلان هذه الدار غدا فعبدي حر وقال الآخر إن لم يدخل فلان في هذه الدار غدا فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر أدخل أم لا لم يعتق واحد منهما اجماعا اه رازي (قوله لم يعتق واحد منهما) قال الكمال رحمه الله ولو اشتراهما انسان صح وإن كان عالما بحنث أحد المالكين لان كلا منهما يزعم أنه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر صح وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه

في اعتبار اليسار والاعسار وقد بينا مذهبهم فيما تقدم قال رحمه الله (ولو حلف كل واحد بعتق عبده لم يعتق واحد) يعني لو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما والمسئلة بحالها لم يعتق واحد منهما لان الجهالة في المقضي له والمقضي عليه فتفاحشت فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له بالحرية وبسقوط نصف السعاية عنه وهو العبد والمقضي به وهو الحرية وسقوط نصف السعاية معلوم والمجهول واحد وهو الحانث منهما فغلب المعلوم المجهول وفي هذه بالعكس لان المجهول هو الغالب فيها فامتنع القضاء لذلك فان قيل يشكل هذا بما اذا كان بين رجلين عبد وأمة فقال أحدهما ان دخل فلان الدار اليوم فالعبد حر وقال الآخر ان لم يدخل فالامة حرة ولم يعرف أدخل أم لا يعتق كل واحد منهما مع ان المقضي له بالعتق والمقضي عليه مجهول قلنا كل واحد منهما أقر بفساد نصيبه في هذه المسئلة لان كل واحد منهما يزعم أن شريكه هو الحانث لان الحالف بعتق العبد يقول أنا ما حنثت وانما حنث صاحبي في الامة فعتق عليه نصيبه منها وفسد نصيبي بعتق نصيبه والآخر يقول كذلك في العبد فيفسد نصيبه بزعمه وان لم يقبل اقراره في حق صاحبه بخلاف مسئلة الكتاب فان كل واحد منهما يزعم أن الآخر هو الحانث في عبده وليس له فيه نصيب حتى يكون مقرا بفساد نصيبه حتى لو تقابضا عتق عليهما لاقرار كل واحد منهما بحرية عبد الآخر وعلى كل واحد منهما قيمة ما اشترى لان كل واحد منهما يزعم أنه اشترى حرا بعقد فيفسد البيع باقرارهما وكان القياس أن لا يقع البيع بينهما بل يبقى عبد كل واحد منهما على ملكه لاقرارهما بذلك ولكن لا يصدقان في حق العبدين لان هذا البيع يوصلهما الى العتق لاقرارهما بحريتهما ثم اذا لزم كل واحد منهما اقراره في تلك المسئلة في العبد والامة يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته عند أبي حنيفة فيكون بينهما نصفان وكذا عندهما ان كانا معسرين وان كانا موسرين سعى كل واحد منهما للحالف بعتقه لانه ينكر العتق فيه أصلا وانما يعتق من جهة صاحبه بدعوى حنثه ولم يسع للآخر وهو غير الحالف فيه لانه يدعي الضمان على صاحبه فيكون مبرئا للعبد هكذا ذكره في المحيط وفي الايضاح أن كل واحد منهما يسعى في ثلاثة أرباع قيمته عند أبي يوسف لان النصف حر بيقين ولو اشترى العبدين في مسئلة الكتاب رجل واحد جاز وان كان عالما بحنث أحد البائعين لان كل واحد منهما يزعم أنه باع عبدا وزعم المشتري قبل دخوله في ملكه غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه واذا صح الشراء واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه معتبر في حق نفسه في هذه الحالة ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم فصار كما اذا أقر باعتاق البائع ثم ملكه ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاولى صار مقرا بوجود شرط الطلاق وباليمين الثانية صار مقرا بوجود شرط العتق وقيل لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل واحد من الشرطين دائر بين الوجود والعدم فلا يترك الجزاء بالشك كذا في النهاية وينبغي أن يفرق بين التعليق بالشرط الكائن وبغير الكائن فيقع في المعلق بالكائن لا بغير الكائن لان الاقرار يتصور في الكائن دون غيره وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لان باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بوقوع الطلاق قال رحمه الله (ومن ملك ابنه مع آخر عتق حظه ولم يضمن ولشريكه أن يعتق أو يستسعي) وانما عتق نصيب الاب لما روينا من المعنى وانما لم

معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاولى هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم يدخل فعبدي حر بخلاف ان لم يكن فانه يستعمل للماري في الدخول وعدمه في الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بنزول الطلاق اه وسيأتي ذلك في كلام الشارح لكن بادرت بكتابته قبل استيفاء مطالعة المقالة ظنا ان الشارح لم يذكره اه (قوله في المتن ومن ملك ابنه الخ) قال الاتقاني اعلم أن الرجلين اذا ملكا عبدا هو ذو رحم محرم من أحدهما بعقد واحد قبلاه جميعا من شراء أو هبة أو صدقة أو وصية لا يضمن الذي عتق عليه لشريكه شيئا عند أبي حنيفة يضمن ولكن العبد يسعى في نصف قيمته للآخر موسرا كان الذي عتق عليه أو معسرا اه فالابن في قوله ومن ملك ابنه ليس بقيد اه (قوله عتق حظه) أي زال ملكه في نصيبه لان العتق لا يثبت ما لم يزل جميع الملك اتفاقا فاذا سعى الابن في نصيب الشريك فحينئذ يثبت العتق منه عند أبي حنيفة قاله الاتقاني (قوله ولم يضمن ولشريكه أن يعتق) قال في الهداية واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما قال الكمال بعقد واحد

فان خاطب البائع الاب والآخر معا فقال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب الاب اهـ (قوله أو بالهبة) ولا يضر الشيوع لانه يحتمل القسمة اهـ (قوله أو الارث) قال في الكافي بأن تزوج أمة ابن عمه فولدت ولدا ثم مات سيدها فورثه زوجها وابن عم له آخر فان الولد يعتق على أبيه ولا يضمنه أبوه لشريكه وان كان موسرا اهـ وقال الاتقاني صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن أخ لاب وأم وزوج يكون نصف العبد للزوج الذي هو أب فيعتق عليه والباقي للاخ وكذا اذا كان للمرأة زوج وأب ولها عبد هو أبو زوجها فماتت المرأة كان العبد ميراثا نصفه لزوجها الذي هو الابن والباقي لابي المرأة اهـ (قوله وقالا يضمن الاب في غير الارث) أي نصف قيمته اهـ (قوله وعلى هذا الخلاف لو حلف أحدهما بعتق عبد ان ملك نصفه) قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق بشراء النصف لعدم الشرط قاله الاتقاني (قوله لهما انه أفسد نصيبه بالاعتاق) أي الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق وصار كما اذا كان العبدين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك التي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا أذن له باعتاقه صريحا وعلم مما ذكر أن المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه يثبت اختيارا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها اهـ كمال رحمه الله تعالى (قوله بخلاف ما اذا ورثاه) حيث لا يضمن الذي عتق عليه للشريك لانه لم يوجد منه صنع وهذا بلا خلاف قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وهذا ضمان إفساد) جواب عما يقال كونه راضيا باعتاق شريكه لا يوجب سقوط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه ان الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد أحد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانها له ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لانه وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه وضمان اتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ما لم يملكه سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فصح أن يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم في هذا الافساد نعم لو قصد بعتقه قصد افساده أثم به أما رضع العتق فليس مقتضيا لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان اتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس اهـ

يضمن الاب نصيب شريكه لانعدام التعدي فيه منه وتثبت الخيارات المتقدم ذكرها لما بيناه هنالك وقوله ومن ملك ابنه مع آخر يتناول ما اذا ملكه بالشراء أو بالهبة أو بالصدقة أو الوصية أو الامهار أو الارث ولا فرق في ذلك بين أن يعلم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ضمن الاب في غير الارث ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الابن في نصيبه وعلى هذا الخلاف لو حلف أحدهما بعتق عبد ان ملك نصفه فملكاه بهذه الاسباب لهما أنه أفسد نصيبه بالاعتاق لان مباشرة هذه الاسباب اعتاق له ولهذا يجتزأ به عن الكفارة فصار كقوله أعتقت نصيبي بخلاف ما اذا ورثاه لانه جبري لا اختيار له فيه وله أن الشريك رضي بافساد نصيبه حيث شاركه في علة العتق وهو مباشرة أسبابه لان مباشرتها اعتاق على ما تقدم وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار خلافا لما يروى عن أبي يوسف أنه ضمان تملك كالاستيلاد وليس بشيء وضمان الافساد يسقط بالرضا كضمان الاتلاف بل أولى لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فكان أقوى فاذا سقط الاقوى به فالاضعف أولى أن يسقط ودلالة الرضا مساعدة على القبول وهذا في الشراء ظاهر لانه لا يصح الا بقبولهما فقد شاركه في العلة فصار كأنه هو الذي أعتقه وأما في الهبة وأمثاله فلانه ان لم يكن قبول أحدهما شرط الصحة قبول الآخر لكنه اذا وجد القبول منهما صار قبولهما بمنزلة شيء واحد فصار المجموع علة واحدة كما قلنا في القراءة في الصلاة فان الفرض فيها قدر ما تجوز به الصلاة وهو آية ثم اذا قرأ أكثر من ذلك صار الكل فرضا فاذا صار المجموع علة وقد باشرها فلا يضمن بخلاف ما اذا قال أحد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه يعتق نصيب الحالف حيث يرجع الضارب عليه لان علة العتق هنالك قوله فهو حر ولم يشاركه فيه الضارب وانما وجد منه الشرط وهو لا تأثير له في الحكم فلا يسقط به التضمين فان قيل يشكل على هذا ما لو قال المريض لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت فانها ترث فجعلت راضية بمباشرة الشرط قلنا حكم الفرار يثبت بشبهة العدوان ولهذا يثبت بتعليقه بفعله أو بفعلها الذي لا بد لها منه في صحته فكذا يسقط بشبهة الرضا ووجد ذلك بمباشرة الشرط وأما هذا الضمان فلا يجب الا بحقيقة العدوان وهو الاتلاف أو الافساد فكذا لا يبطل الا بالرضا صريحا أو بمباشرة العلة دون الشرط ولا فرق في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة بين أن يكون الشريك عالما بأنه ابن شريكه أو لم يكن لان سبب الرضا يتحقق من غير علم والحكم يدار على سببه لا على حقيقته لانه مبطن لا يمكن الوقوف عليه فصار بمنزلة شخص يقول لغيره كل

(قوله فان المأمور لا يضمن للآمر شيأ لانه أتلفه باذنه) قال الاتقاني قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير ثم هو بهذه المشاركة مباشر سبب اسقاط حقه في الضمان ولا يختلف ذلك بعلمه وجهله بمنزلة الغاصب اذا أطعم المغصوب للمغصوب منه فتناوله وهو لا يعلم أن هذا الطعام طعامه لا يكون له أن يضمن الغاصب شيأ اه (قوله حتى لو قال المغصوب الخ) سقط من هنا مسئلة وهي وان اشترى نصفه أجنبي ثم الاب ما بقي فله أن يضمن الاب أو يستسعى فلعل الشارح تركها سهوا وقد ذكرها القوجحصاري في شرحه للكنز وشرح فيه الخطبة والالفاظ الاعجمية التي في آخر الكتاب قال في الهداية وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قال الكمال قيمة نصيبه لانه ما رضي بفساد نصيبه لان دلالة ذلك انما كان الاشتراك في البيع معه وهو منتف هنا اه قال الاتقاني وهذه من مسائل الجامع الصغير ويضمن الاب في هذه الصورة في قولهم جميعا لان الرضا لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الاب فيما هو علة العتق وقد اتفقوا في الضمان واختلفوا في الخيار فعند أبي حنيفة الشريك بالخيار ان شاء ضمن الاب ان كان موسرا وان شاء استسعى العبد لاحتباس المالية عنده وان شاء أعتقه (٨٠) وعندهما ان كان موسرا ضمنه الشريك وان كان معسرا استسعى العبد كالخلاف في عبد بين اثنين أعتقه أحدهما اه (قوله في المتن وان اشترى نصف ابنه) أي وهو موسر اه هداية (قوله ولو اشتراه أبوه من أحد الشريكين الخ) قال الاتقاني وقيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب أحد الشريكين يضمن للساكت بالاتفاق كما في المسئلة المتقدمة اه (قوله في المتن عبد لموسرين) أي لجماعة موسرين اه فتح (قوله وحرره آخر) الواو في قوله وحرره بمعنى ثم كما يعلم من حل الشارح اه (قوله ضمن الساكت المدبر والمدبر المعتق الخ) وأراد الساكت والمدبر الضمان اه وانما قال في الهداية وأرادوا بضمير الجمع بسبيل التغليب لان المعتق لا يريد الضمان اه

هذا الطعام وهو طعام الآمر والآمر لا يعلم أنه طعامه فان المأمور لا يضمن للآمر شيأ لانه أتلفه باذنه حتى لو قال المغصوب منه ذلك للغاصب وهو لا يعلم سقط الضمان عنه وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الشريك اذا لم يعلم أنه ابنه له أن يضمن الاب قال رحمه الله (وان اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا ضمن لبائعه) لان البائع شاركه في العلة وهو البيع وهذا لان علة دخول المبيع في ملك المشتري الايجاب والقبول وقد شاركه فيه وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان كان الاب موسرا يجب عليه الضمان وقد بينا وجهه ولو اشتراه أبوه من أحد الشريكين وهو موسر لزمه الضمان بالاجماع أما عندهما فظاهر وأما عنده فلان الشريك الذي لم يبع لم يشاركه في العلة فلا يبطل حقه بفعل غيره ولو كان مكان الابن جارية مستولدة بالنكاح فملكها الزوج مع غيره يجب عليه ضمان النصف لشريكه كيفما كان وان كانا ملكاها بارث والفرق أن ضمان أم الولد ضمان تملك وذلك لا يختلف بين أن يكون بصنعه أو بغير صنعه ولهذا لا يختلف بين اليسار والاعسار قال رحمه الله (عبد لموسرين دبره واحد وحرره آخر ضمن الساكت المدبر والمدبر المعتق ثلثه مدبرا لا ما ضمن) أي لو كان عبد بين ثلاثة نفر موسرين دبره أحدهم ثم أعتقه آخر فللساكت أن يضمن المدبر وليس له أن يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا وليس له أن يضمنه الثلث الذي ضمنه للساكت وهذا عند أبي حنيفة وقالا العبد كله صار مدبرا للذي دبره أول مرة واعتاق المعتق باطل ويضمن لشريكه ثلثي قيمته موسرا كان أو معسرا وأصله أن التدبير يتجزأ عنده كالعتق يتجزأ عنده يعني أنه ازالة الملك على ما بينا وعندهما لا يتجزأ لان موجبه حق الحرية فيكون معتبرا بحقيقة الحرية ولما كان التدبير متجزئا عنده اقتصر على نصيب المدبر وفسد به نصيب الآخرين حيث امتنع عليه البيع والهبة فيكون لكل واحد منهما الخيار ان شاء دبر نصيبه وان شاء أعتقه وان شاء كاتبه وان شاء ضمن المدبر قيمة نصيبه قنا وان شاء استسعى العبد في نصيبه وان شاء تركه على حاله لان نصيب كل واحد منهما باق على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طريق الانتفاع بالبيع ونحوه فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وبطل اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في المضمونات عندنا حتى جعلنا الغصب ضمان معاوضة

(قوله وليس له أن يضمنه الثلث الخ) قال الكمال رحمه الله فللساكت أن يضمن المدبر قيمة العبد قنا وليس له أن يضمن المعتق شيأ حتى واذا ضمن الثلث رجع به على العبد ان شاء على وزان ما تقدم فيما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن أعني ثلثه قنا وهذا كله عند أبي حنيفة اه (قوله وأصله أن التدبير يتجزأ عنده كالعتق الخ) لانه شعبة من شعبه فكان معتبرا به اه هداية قوله لانه شعبة من شعبه اذ هو عتق مضاف اه فتح (قوله حيث امتنع عليه) أي على كل واحد من الآخرين اه (قوله فتوجه للساكت الخ) أي وهو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر اه كمال (قوله واعتاق هذا المعتق) فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى الحرية بالسعاية أو التضمين اه فتح (قوله اذ هو الاصل) قال الكمال لانه يعتدل جانب الضامن والمضمون له لانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع له بدله فحيث أمكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان معاوضة على أصلنا خلافا للشافعي رحمه الله حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل

الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة فني العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى اه كمال (قوله جاز له أن يبيعه مرابحة على ما ضمن من القيمة) والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة اه فتح (قوله فاذا كان الاصل) أي في الضمان اه (قوله ولا يمكن ذلك في الاعتاق لاجل التدبير) لانه عند المكاتب أوحر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر اه هداية (قوله لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا) فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما أفسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا للشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يتملكه بالضمان اه فتح (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة اه فتح قال في الكافي وقيمة المدبر ثلثا قيمته لو كان قنا لان منافع المملوك ثلاث الاستخدام والاسترباح بواسطة البيع وقضاء الدين بعد موت المولى وبالتدبير يفوت الاسترباح ويبقى الآخران وقيل نصف قيمته لو كان قنا لانه ينتفع بعين المملوك وبدله أي ثمنه وبقي الاول لا الثاني واليه مال الصدر الشهيد (٨١) وعليه الفتوى اه فقوله واليه مال الصدر

حتى صححنا اقرار العبد المأذون له كاقراره بالبيع وغيره من المعاوضات وكذا الغاصب اذا أبق العبد المغصوب عنده وضمنه ثم عاد جاز له أن يبيعه مرابحة على ما ضمن من القيمة ولا يلزم من ذلك أن يبطل القضاء بالقيمة فيما اذا غصب ابريق ذهب فقضي عليه بالقيمة من الدراهم بعد ما انكسر الابريق ثم افترقا قبل قبض القيمة لانا نقول الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل فلا يظهر كونه معاوضة فيما عدا ذلك لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فاذا كان الاصل ضمان معاوضة وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير لكونه قنا عند ذلك ولا يمكن ذلك في الاعتاق لاجل التدبير لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه من جهة الساكت لان ملكه فيه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين وان ظهر في حق الاستسعاء لقيامه مقام الساكت في حقه ولان الساكت بنفسه لا يملك تضمين المعتق لما ذكرنا فكذا من قام مقامه ولو ضمن الساكت المدبر قبل أن يعتقه الآخر ثم أعتقه كان للمدبر أن يضمن المعتق ثلثي قيمته لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت والولاء بين المدبر والمعتق أثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق عليهما على هذا المقدار لان المدبر كان له ثلث العبد نصيبه وحصل له الثلث بالضمان من جهة الساكت فتم له الثلثان وللمعتق الثلث الذي كان ملكه لا غير ولا يقال اذا كان المدبر يملك نصيب الساكت بالضمان وجب أن يملك المعتق نصيب المدبر بالضمان فوجب أن يكون له الثلثان من الولاء وللمدبر الثلث لانا نقول ضمان المعتق نصيب المدبر ضمان جناية لا ضمان معاوضة لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك بسائر الاسباب فكذا بالضمان فلم يملكه بخلاف نصيب الساكت حيث يملكه المدبر بالضمان لان الملك فيه يستند الى وقت التعدي وهو وقت التدبير ونصيب الساكت في ذلك الوقت يقبل الانتقال من ملك الى ملك فافترقا واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للذي دبره وصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة

الشهيد أي الى القول بكون قيمة المدبر نصف قيمته قنا مال الصدر الشهيد فيه مخالفة لما نقلته عن الكمال من كون الصدر الشهيد مال الى أن قيمته ثلثا قيمته قنا فليتأمل وكتب ما نصه وقيمة أم الولد قدر ثلث قيمتها أمة لان للمالك في مملوكه ثلاث منافع الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء ديونه من ماليته بعده فبالتدبير ينعدم أحد هذه المعاني وهو الاسترباح وتبقى منفعتان وبالاستيلاد تبقى واحدة وهي الاستخدام وتنعدم اثنتان فتوزع القيمة على ذلك كذا في مبسوط شيخ الاسلام اه مستصفى لم يحرر لنا قيمة المكاتب اه اق (قوله على ما قالوا) وقال بعضهم قيمته لو كان قنا وقال

(١١ زيلعي ثالث) بعضهم ينظر بكم يستخدم مدة عمره من حيث الحزر والظن وقال الفقيه أبو الليث قيمته نصف قيمته لو كان قنا اه قاضيخان وكتب ما نصه قال الكمال طريقته في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الآن الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسئل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فاتت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكروه فهو قيمته وهذا أحسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل تحسب خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما ومن مولاها وقيل يسئل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا وهذا على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا وبقيت الرقبة اه قوله وقيمة أم الولد الخ سيأتي متنا وشرحا أن أم الولد غير مقومة عند الامام خلافا لصاحبيه اه (قوله ولا يضمنه) أي المدبر المعتق اه (قوله لان ملكه فيه) أي في ثلثه قنا اه (قوله ثلثاه للمدبر) بكسر الباء اه (قوله من جهة الساكت) أي وهو ثلثه قنا اه فتح

(قوله لانه ضمان تملك) فأشبه الاستيلاد اه هداية (قوله حيث يختلف بهما) والولاء كله للمدبر اه هداية (قوله لما ذكرنا) أى لما ذكرنا أنه ضمان افساد اه (قوله فهى موقوفة) قال الاتقانى والمراد من كونها موقوفة يوما أن ترفع عنها الخدمة يوما وأن لا يكون للمقر عليها سبيل اه (قوله وتخدم المنكر يوما) يعنى ليس لهما غير ذلك اه (قوله ولا سبيل) يعنى للمقر بالاستيلاد اه (قوله لهما أنه لما لم يصدقه الخ) قال الرازى لهما أن المقر لما لم يصدق على شريكه انقلب اقراره عليه كأنه استولدها ولا سعاية للمقر لانه يدعى ضمان التملك على شريكه دون السعاية وامتنعت الخدمة على المنكر لانه لما أنكر نفذ الاستيلاد على المقر فصار كأنه استولدها ولو استولدها لا يكون للمنكر الاستخدام فكذا هذا واذا لم يكن له ولاية الاستخدام وماليتها محبوسة عندهما على وجه لا يمكن تضمين المقر لانكاره الاستيلاد من نفسه فيجب عليها السعاية ولابى حنيفة أن المقر لو صدق (٨٣) كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب فله نصفها وكان النصف ثابتا بيقين فأثبتناه فكان له أن يستخدمها يوما وتكون موقوفة يوما لان كل واحد منهما مقر بانه لا حق له فى استخدامها فى ذلك اليوم أما المقر فلانه أقر بأنها أم ولد الغير وأما المنكر فلانه استوفى حقه ولا سعاية عليها لان السعاية للاستخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا لان المقر يزعم أنها أم ولد صاحبه فله أن يستديم الملك فيها الى ثبوته والمنكر يزعم أنها قنة مشتركة بينهما اه (قوله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر) لانها أم ولده اه اتقانى (قوله ولو كذب كان له نصف الخدمة) لانها قنة بينهما اه اتقانى (قوله ولا خدمة للمقر ولا استسعاء له عليها) يعنى عند أبى حنيفة وكذا هو أيضا قولهما كما تقدم فى بيان قولهما حيث قال الشارح ولا سعاية عليها للمقر لانه يدعى الضمان على شريكه بدعوى التملك عليه دون السعاية وكذا ليس له أن يستخدمها الخ فالحاصل أنهم اتفقوا على أن المقر لا يستسعيها ولا يستخدمها واختلفوا فى المنكر فقال أبو حنيفة له الخدمة دون الاستسعاء وقالا له الاستسعاء دون الخدمة والله الموفق اه

لـ قال الكمال رحمه الله وفى المختلف فى باب محمد أن نفقتها فى كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا فى النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا اللائق بقول أبى حنيفة رحمه الله وينبغى على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها التستعين بها وعلى قول أبى حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق أحدهما صاحبه اه

(قوله لانه يتبرأ عن ذلك) أى عن الخدمة والاستسعاء اه

فلا يصح اعتاق الآخر لخروجه عن ملكه ولا يختلف هذا الضمان باليسار والاعسار لانه ضمان تملك بخلاف ضمان الاعتاق حيث يختلف بهما لانه ضمان افساد وكذا ضمان التدبير عند أبى حنيفة يختلف بهما لما ذكرنا فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى برأس المال وهو ألف عبدين وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتقهما رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان أو معسرا وهو ضمان اعتاق ومع هذا لا يختلف بهما قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد لا ضمان سراية الفساد لانه حين أعتقهما أفسد كلا منهما بالاعتاق لكون كل واحد منهما مشغولا برأس المال ولا يظهر نصيب المضارب فى واحد منهما بعينه ولهذا لو كانا ذوى رحم محرم منه لم يعتقا والاختلاف بين اليسار والاعسار فى التضمين وارد على خلاف القياس فى سراية الفساد فلا يلحق به الافساد ولا التملك ولا الاتلاف بغير العتق لانه ليس مثله قال رحمه الله (ولو قال لشريكه هى أم ولدك وأنكر تخدمه يوما وتوقف يوما) أى لو كانت جارية بين اثنين فزعم أحدهما أنها أم ولد صاحبه وأنكر الآخر ذلك فهى موقوفة يوما وتخدم المنكر يوما ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل عليها للمقر وهذا عند أبى حنيفة وقالا ليس للمنكر أن يستخدمها وله أن يستسعيها فى نصف قيمتها ثم تكون حرة ولا سبيل عليها وذكر فى الاصل رجوع أبى يوسف الى قول أبى حنيفة لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كأنه استولدها المنكر أو أقر بالاستيلاد على نفسه كالمشترى اذا ادعى أن البائع كان أعتق العبد المبيع قبل البيع والبائع ينكر يجعل كأنه أعتقه المشترى حتى يكون الولاء موقوفا بينهما ولا يسقط الثمن لانه لا يصدق فى حق البائع ولا سعاية عليها للمقر لانه يدعى الضمان على شريكه بدعوى التملك عليه دون السعاية وكذا ليس له أن يستخدمها لانه تبرأ منه بدعوى انتقالها الى شريكه وليس للمنكر أن يستخدمها لانه لما أنكر نفذ على المقر فصار كأن المقر استولدها أو أقر بأنها استولدها وهو فى ذلك لا يستخدمها فكذا هذا ولهذا لو شهد أحد الشريكين على شريكه بعتق العبد المشترك وأنكر الآخر ليس له أن يستخدمه فاذا بطل الاستخدام وصارت ماليتها محبوسة عندها على وجه لا يمكن تضمين الغير وجب عليها السعاية لانها هى التى تنتفع بذلك ثم تخرج الى الحرية وانما قلنا لا يمكن تضمين الغير لان المقر ينكر الاستيلاد من جهته فصارت كأم ولد النصرانى اذا أسلمت فانها تسعى فى قيمتها وتخرج الى الحرية لتعذر الاستخدام والاستدامة على ملكه ثم اذا أدت نصف قيمتها الى المنكر عتق كلها لان العتق لا يتجزأ عندهما ولابى حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للمقر ولا استسعاء له عليها لانه يتبرأ عن ذلك بدعوى الاستيلاد من شريكه وبدعوى الضمان عليه

ولايمكن أن يجعل المقر كالمستولد لان الاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وذلك لا يرتد بالرد فكذا هذا فيكون اقراره باقيا على حاله ولاسعاية عليها للمنكر أيضا لان استدامة ملكه ممكن بأن تخدمه يوما ويوما لا ولا يصار الى السعاية الا عند تعذر الاستدامة بخلاف أم ولد النصراني اذا أسلمت لانه لايمكن استدامة الملك فيها فتعينت السعاية وبخلاف ما اذا شهد أحد الشريكين على صاحبه بعتق المشترك لانا لم نتيقن للمنكر بشئ من الخدمة فلم يمكن استدامته على ملكه فوجبت السعاية عليه للتعذر ولو مات المنكر عتقت لاقرار المقر أنها كانت أم ولده ثم تسعى فى نصف قيمتها لورثة المنكر ولو جنت أو جنى عليها كان النصف موقوفا عند أبى حنيفة والنصف على الجاحد وعند محمد يلزمها الاقل من قيمتها ومن أرش الجناية كالمكاتبة وقال أبو يوسف النصف على المنكر وأدت النصف لانه فى مال سيدها وكسبها ماله قال رحمه الله (وما لام ولد تقوم) أى ليس لها قيمة وقالا لها قيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطأ واجارة واستخداما فتكون متقومة كالمدبر ولهذا لو قال كل مملوك لى حر تدخل أم الولد فيه واستباحة الوطء دليل الملك لانه لا يحل الا بالنكاح أو بملك اليمين والاول منتف فتعين الثانى وبقاء الملك آية بقاء المالية والتقوم اذ المملوكية فى الآدمى ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافى التقوم كالمدبر ولهذا اذا أسلمت أم ولد النصرانى تسعى وهى آية التقوم ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطنى وقضيته الحرية وزوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام أيما أمة ولدت من سيدها فهى معتقة عن دبر منه أو قال من بعده رواه أحمد ولا معارض له فى زوال التقوم فيثبت ولان التقوم لا يثبت الا بالاحراز على قصد التمول ولم يوجد فلا يتقوم وهذا لان الآدمى ليس بمال متقوم فى الاصل لانه خلق ليملك لا ليصير مالا مملوكا ولكن متى أحرز على قصد التمول صار مالا متقوما ويثبت بملك المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها ظهر أن احرازها كان لملك المتعة والنسب لا للتمول فكانت محرزة احراز المنكوحات فلا تتقوم وملك المتعة ينفصل عن التقوم كالمنكوحة ولهذا لم تبع فى دين المولى ولان سبب الحرية فيها قد تحقق فى الحال لان اضافة الولد على الكمال آية اتحاد النفسين فصارت كنفسه والى هذا أشار عمر بقوله وكيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم الا أنه لم يظهر

(قوله وذلك لا يرتد بالرد) فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما ثم يوجب ذلك أن يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا ان الملك ولا يسرى قوله فى حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد لو اشتراه من هذا الا اقراره على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه اهـ فتح (قوله ولا سعاية عليها للمنكر) لان المقر ان كان صادقا كان كلها أم ولد ولا سعاية على أم الولد وان كان كاذبا فهى قنة بينهما فلا سعاية عليها بحال اهـ اتقانى (قوله لانا لم نتيقن للمنكر بشئ من الخدمة) لانه ان كان صادقا فلا خدمة له وان كان كاذبا فله نصف الخدمة فنصف الخدمة ثابت له على تقدير فلم يتيقن بها اهـ (قوله لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطأ واجارة واستخداما) أى وكذا بملك كسبها انتهى فتح (قوله وحق الحرية لا ينافى التقوم) اذ هو عبارة عن استحقاق لا يرد عليه الابطال بالبيع ولا تنافى بينه وبين التقوم انتهى كافى (قوله ولهذا اذا أسلمت أم ولد النصرانى تسعى وهى آية التقوم) قال الكمال ولو قال كل مملوك لى حر عتقت وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس الا مكنة البيع وهو لا ينفى التقوم كما فى المدبر والآبق وامتناع سعايتها للغرماء المولى أو لورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته كى يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد فى المدبر فلذا افترقا فى السعاية وعدمها وهذا أى الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية ولا تنافى بين حق الحرية والتقوم ألا ترى أن أم ولد النصرانى اذا أسلمت سعت له وهذا آية التقوم فى أم الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وبين أم ولد النصرانى فاذا ثبت التقوم فى احداهما ثبت فى الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت أمه أم ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندهما انتهى وقوله وهى آية التقوم قال فى الهداية غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا قال الكمال لفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت والباقى منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثى قيمته قنا وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف وقد كتبناه فى الكلام على قيمة المدبر انتهى (قوله ولابى حنيفة) قال الكمال الحاصل أن ما ذكر من اللوازم انما هى لوازم الملك بعضها أعم منه تثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له فى المنكوحة والاستخدام والاجارة بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام فى ملك الرقبة انما الكلام فى التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما الا بالملك وان ثبت معه والآدمى وان صار مالا بعد أن لم يكن فى الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا أحرز للتمول وأم الولد اذا أحرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان أول تملكها كان للتمول لكن عندما استولدها تحولت صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرنا انتهى (قوله لكنه تقاعد عن افادة الحرية اجماعا) ولا اجماع فى زوال التقوم فيثبت انتهى كافى (قوله فكانت محرزة احراز المنكوحات) أى لا احراز المملوكات فصار كأن الاحراز لم يوجد أصلا فى المالية انتهى كافى

(قوله والنصراني يعتقد تقومها) أي وجواز بيعها انتهى (قوله دفعا للضرر عنهما) لان في ابقائها في ملك الكافر اضرارا بها وابطال حق النصراني مجانا اضرار به انتهى (قوله يعني اذا كانت أم ولد بين شريكين) أي بأن ادعى كل منهما أنها أم ولد له انتهى فتح (قوله فاعتقها أحدهما) أي وهو موسر انتهى هداية (قوله وقالا يضمن) أي نصف قيمتها انتهى هداية (قوله ان كان موسرا) وان كان معسرا سعت للساكت فيه انتهى كمال (قوله وعندهما يضمن) أي يضمن عندهما الشريك نصف قيمة الولد انتهى (قوله ويسعى له) أي للشريك انتهى (قوله لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب) وكما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق انتهى فتح (قوله في المتن له أعبد الخ) قال الكمال

عمل هذا السبب في الحال في افادة حقيقة العتق ضرورة الحاجة الى الاستمتاع بها اذ بعده استمرارها الى الممات فيظهر في حق سقوط التقوم فاذا مات استغنى عنها فظهرت حقيقة الحرية وقبله الحاجة باقية فلم تظهر بخلاف المدبر لان الاصل فيه أن ينعقد السبب بعد الموت اذ التعليقات ليست بأسباب في الحال وانما تصير أسبابا عند الشرط وانما قضينا بانعقاد السبب في الحال ضرورة على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى فظهر أثر الانعقاد في حرمة البيع خاصة والنصراني يعتقد تقومها وقد أمرنا بتركه وما يدين كبيع الخمر والخنزير ولانا حكمنا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عنهما ووجوب بدل الكتابة لا يحتاج فيه الى التقوم قال رحمه الله (فلا يضمن أحد الشريكين باعتاقها) يعني اذا كانت أم ولد بين شريكين فاعتقها أحدهما عتقت ولا يضمن المعتق للساكت شيئا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا وهذا ينبني على أنها متقومة أم لا وقد بينا المذهبين وينبني على هذا الاصل عدة مسائل منها اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لا يضمن عنده وعندهما يضمن ومنها اذا مات أحدهما تعتق ولا تسعى للحي في شئ عنده وعندهما تسعى في نصف قيمتها له ومنها اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وصارت كلها له ولم يضمن لشريكه شيئا ومنها اذا باع جارية فجاءت بولد عند المشتري لاقل من ستة أشهر فماتت الجارية وادعى البائع أن الولد ابنه ثبت نسبه منه ويأخذ الولد ويرد الثمن كله عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وذكر في الكافي والنهاية أن أم الولد اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولم يضمن لشريكه قيمة الولد عنده لان ولد أم الولد كأمه فلا يكون متقوما عنده وعندهما يضمن ان كان موسرا ويسعى له الولد ان كان معسرا وفيه نظر فان السبب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك وهكذا ذكره صاحب الهداية في باب الاستيلاد في الامة فضلا أن تكون أم ولد قبله حتى قال لا تغرم قيمة ولدها وكذا ذكر غيره ولم يذكروا فيه خلافا فكيف يتصور أن يكون سقوط الضمان لاجل أنه كأمه عنده وعندهما يضمن وهو حر الاصل ولو كان مكان الدعوى اعتاق كان مستقيما وذكر محمد في الرقيات أن أم الولد تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله على نحو ما يضمن به الصبي الحر حتى لو ماتت حتف أنفها لم يضمن ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب ولهذا يضمن الصبي الحر بمثله قال رحمه الله (له أعبد قال لاثنين أحدكما حر فخرج واحد ودخل آخر وكرر ومات بلا بيان عتق ثلاثة أرباع الثابت ونصف كل من الآخرين) أي رجل له ثلاثة أعبد فدخل عليه اثنان فقال أحدكما حر فخرج أحدهما ودخل آخر فقال أحدكما حر فمات المولى قبل أن يبين عتق من الذي أعيد عليه القول وهو الذي يسمى ثابتا ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين وهو الخارج والداخل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد هو كذلك الا في الداخل فانه يعتق ربعه أما الخارج فلان الايجاب الاول أوجب عتق رقبة وهو دائر بين الثابت والخارج فليس أحدهما أولى به من الآخر فيتنصف بينهما والايجاب الثاني كذلك وهو دائر بين الثابت والداخل فكان بينهما نصفين غير أن الثابت استفاد بالايجاب الاول نصفا فكان

هذا أيضا من عتق البعض غير أن الاول بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الاول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد انتهى (قوله فقال أحدكما حر) وذلك في حال الصحة انتهى اتقاني وقوله فقال أحدكما حر الخ فادام حيا يؤمر بالبيان انتهى فالمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يبين العتق قبل الموت والثاني أن يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث أن يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان والعبد يخاصمه في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد لم يخرج بالكلام الاول عتق وبطل الكلام الثاني لانه حينئذ جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر انشاء في المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشاؤه

وصار أحدهما حرا وهو الثابت فلا يفيد في الخارج عتقا انتهى (قوله وهو الذي يسمى ثابتا ثلاثة أرباعه الخ) قال الكمال رحمه الله ما استشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة أرباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب أن قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم أما اذا كان انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يبقى في الرق بل يسعى في باقيه حتى يتخلص كله حرا فيمكن أن نقول يعتق جميع كل واحد ويسعى في ذلك القدر انتهى

ما أصابه بالايجاب الثانى وهو النصف شائعا فى نصفيه فما أصاب المستحق بالاول لغا وما أصاب الفارغ ثبت فحصل له الربع فتم له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد بالثانى هو يعتق نصفه وان أريد الداخل فلا يعتق فيتنصف فحصل له الربع بالثانى وبالاول النصف وأما الداخل فمحمد يقول ان الايجاب الثانى دائر بين الصحة وعدمها لانه لو أريد بالايجاب الاول الخارج صح الايجاب الثانى لكونه دائرا بين العبدين فأوجب عتق رقبة وان أريد به الثابت بطل الايجاب الثانى لكونه دائرا بين الحر والعبد فدار بين أن يوجب وأن لا يوجب فيتنصف فيعتق نصف رقبة بينهما نصفان فيصيب كل واحد منهما الربع فصار كما لو كان تحته ثلاث نسوة ولم يدخل بهن فقال لثنتين منهن احدا كما طالق فخرجت واحدة منهما ودخلت الاخرى فقال احدا كما طالق ثم مات قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه والثمن فى الطلاق كالربع فى العتاق لان كل الساقط فيما النصف كما أن كل الواجب هنالك الرقبة ولهما أن الكلام الثانى صحيح فى حق الداخل من كل وجه لان الكلام الاول تناول المبهم منهما فصار بمنزلة المعلق بالبيان فى حق غيرهما ولهذا لو جنى عليهما بأن قطع واحد أيديهما وجب عليه أرش العبد واذا صح الكلام الثانى فى حق الداخل كان الكلام الثانى فى حقه بمنزلة الاول فى حق الخارج فيعتق نصفه وانما يعتق من الثابت ربعه بالكلام الثانى لان الكلام الاول تنجيز فى حقه حتى تثبت له المطالبة بالبيان ويتعين للعتق اذا زالت المزاحمة بالموت أو بالاخراج عن الملك ويشيع العتق فيما اذا مات المولى قبل البيان لان قوله أحدكما حر نكرة من وجه دون وجه فاعتبر العتق واقعا فى حقهما ولم يعتبر تعليقا فاذا كان كذلك فان أريد بالاول الخارج صح الكلام الثانى وان أريد به الثابت لم يصح فتردد الكلام الثانى بين الصحة وعدمه فى حقه فيتنصف فيعتق ربعه وأما مسئلة الطلاق فقيل هو قول محمد وأما على قولهما فلها ثلاثة أرباع مهرها ويسقط الربع ولئن كان قول الكل فالفرق لهما أن الكلام الاول انما يعتبر تعليقا فى حق الداخل فى حق حكم يقبل التعليق وأما فى حق حكم لا يحتمل التعليق يكون تنجيزا فى حقه أيضا فالبراءة من المهر لا تقبل التعليق فيكون تنجيزا بالنسبة اليه فيثبت التردد فى الكلام الثانى بين الصحة وعدمه فى حقه فيتنصف بخلاف العتق فانه يقبل التعليق فلا يكون الكلام الثانى مترددا فى حقه فيثبت كله أو يقول هو معتق البعض ومعتق البعض عند أبى حنيفة رحمه الله مكاتب فلا يمنع صحة الكلام الثانى ووافقه أبو يوسف فيه هنا لكونه غير معين ولهذا يسعى عندهما أيضا بخلاف الطلاق لانه يقع بجزء منه فيتردد الكلام الثانى بين الصحة وعدمه فيصح اذا أراد بالاول الخارجة والا فلا فيبرأ عن نصف النصف فيوزع عليهما قال رحمه الله (ولو فى المرض قسم الثلث على هذا) يعنى لو كان هذا القول منه فى المرض قسم الثلث على قدر ما يصيبهم من سهام العتق لان العتق فى المرض وصية ولا مزيد لها على الثلث فترد الى الثلث فيقسم بينهم على قدر سهامهم وشرح ذلك أنك تنظر الى مخرج أقل جزء من

(قوله فما أصاب المستحق) أى النصف المعتق بالايجاب الاول انتهى (قوله وما أصاب الفارغ) أى من العتق انتهى (قوله فحصل له الربع) فان قيل يجب أن يتعين النصف الفارغ تصحيحا للتصرف كما فى مسئلة الصرف وغيره قلنا انما يكون كذلك أن لو ثبت قصدا أما اذا ثبت ضمنا فلا انتهى كافى (قوله ولانه لو أريد بالثانى) أى بالايجاب الثانى انتهى (قوله وان أريد الداخل فلا يعتق) فاذن يعتق من الثابت نصفه الباقى فى حال دون حال انتهى (قوله فمحمد يقول ان الايجاب الثانى دائر) أى بين الثابت والداخل وقد أصاب منه الربع الثابت بالاتفاق فينبغى أن نصيب الداخل كذلك ولان الايجاب الثانى دائر اتقانى بعضه بالمعنى (قوله وان أريد به) أى بالايجاب الاول انتهى (قوله لكونه دائرا بين الحر والعبد) لانه يصير كانه قال لعبده ولحر أحدكما حر فيلغو انتهى (قوله ولهما أن الكلام الثانى صحيح) قال الاتقانى رحمه الله ووجه قولهما أن الايجاب الثانى لو أريد به الداخل عتق ولو أريد به الثابت يعتق الباقى منه ولا يعتق الداخل فاذن عتق الداخل فى حال دون حال فينصف العتق بينهما فعتق نصف الداخل وكان ينبغى أن يعتق النصف الباقى من الثابت أيضا الا أن النصف الذى أصابه شاع فى نصفيه فما أصاب النصف المعتق لغا وما أصاب النصف الباقى صح فتنصف النصف ونصف النصف الربع (قوله اذا زالت المزاحمة بالموت) أى بموت الخارج انتهى (قوله فى المتن ولو فى المرض قسم الثلث على هذا) أى سهام العتق وهى سبعة انتهى (قوله يعنى لو كان هذا القول منه فى المرض الخ) فان كان له مال يخرج قدر العتق من الثلث أو لم يكن وأجازت الورثة فالجواب ما ذكرنا وان لم يكن له مال كذلك ولم تجز الورثة انتهى رازى (قوله فيقسم بينهم على قدر سهامهم) أى فنقول حق الخارج فى النصف وحق الثابت فى ثلاثة الارباع وحق الداخل عندهما فى النصف أيضا فنحتاج الى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة فحق الخارج فى سهمين وحق الثابت فى ثلاثة وحق الداخل فى سهمين فبلغت سهام العتق سبعة فنجعل ثلث المال سبعة فاذا صار ثلث المال سبعة صار ثلثا المال أربعة عشر وهى سهام السعاية وسهام العتق سبعة ويصير كل عبد سبعة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى خمسة ويعتق من الداخل سهمان ويسعى فى خمسة ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى أربعة فبلغت سهام الوصايا سبعة وسهام السعاية أربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد حق الداخل فى سهم فكان سهام الوصايا ستة وكل رقبة ستة وسهام السعاية اثنى عشر فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى ثلاثة ومن الخارج سهمان ويسعى فى أربعة ومن الداخل سهم ويسعى فى خمسة انتهى رازى

سهامهم وهو الربع وذلك أربعة فللثابت ثلاثة أجزاء منها ولكل واحد من الآخرين جزآن فبلغ سهام العتق سبعة فيقسم الثلث عليها فيسقط عن كل واحد منهم من السعاية قدر ما أصاب سهمه مثاله لو كان كل واحد منهم قيمته سبعمائة درهم وليس له مال غيرهم كان جميع ماله ألفين ومائة وثلثه سبعمائة فاذا قسمت الثلث على سبعة أصاب كل واحد مائة فمن كان له سهمان سقط عنه ما أصابهما وهو مائتان وهو الداخل والخارج ومن كان له ثلاثة أسهم سقط عنه ثلثمائة قدر ما أصاب سهامه ويسعى كل واحد منهم فيما بقي من قيمته فيسعى الخارج في خمسمائة وكذا الداخل والثابت يسعى في أربعمائة وعند محمد يجعل الثلث أسداسا لاجل أن الداخل لا يستحق سوى الربع عنده فنتقص سهمه لذلك وباقي العمل ما ذكرناه هذا اذا مات قبل البيان وان كان المولى بالحياة أجبر على البيان فحاصله أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه أحدها أن يموت المولى والثاني أن تموت العبيد والثالث أن يكونوا بالحياة فالاول قد ذكرنا حكمه والثاني نذكره فيما بعد والثالث حكمه أن يجبر المولى على البيان ما دام حيا لانه هو المبهم فان بدأ ببيان الكلام الاول فقال عنيت به الخارج عتق وصح الكلام الثاني لانه بقي دائرا بين العبدين فيؤمر ببيانه وان قال عنيت به الثابت عتق وبطل الايجاب الثاني لانه دائر بين حر وعبد فيكون مخبرا صادقا في قوله أحد كما حر فان قيل العتق المبهم يتعلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء حتى كان له استخدامهما قبله وحتى اعتبرت العدة من ذلك الوقت لو كان الابهام في الطلاق فلا يكون دائرا بين الحر والعبد قلنا العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان انشاء من وجه اظهار من وجه لان قوله أحدكما لا يتناول المعين وبعد البيان يصير واقعا في المعين فكان البيان انشاء من هذا الوجه ومن حيث انه يجبر على البيان اذا خاصمه العبيد كان اظهارا لانه لا يجبر على الانشاء فبالنظر الى كونه انشاء صح الكلام الثاني وعتق به الداخل وبالنظر الى كونه اظهارا لا يصح الايجاب الثاني فلا يعتق والعتق في الداخل غير ثابت فلا يثبت بالشك وان بدأ ببيان الكلام الثاني فان قال عنيت به الداخل عتق ويؤمر ببيان الكلام الاول فيعتق من يبينه فيه فان قيل ينبغي أن لا يعتق الداخل لاحتمال أن يبين الكلام الاول في الثابت فيكون الكلام الثاني دائرا بين الحر والعبد فيكون باطلا قلنا الكلام الاول مبهم اذا لم يصادف المعين منهما وهو كالمعلق بالبيان على ما بينا ولم يتصل بالمحل فكان الكلام الثاني صحيحا لكونه دائرا بين العبدين فاذا صح الكلام الثاني صح بيانه في أحدهما أيضا لكونه رقيقا وقت البيان وان بين الاول بعد ذلك في الثابت بخلاف المسألة الاولى وهو ما اذا بدأ ببيان الكلام الاول فبينه في الثابت حيث يبطل الكلام الثاني لانه دائر الساعة بين الحر والعبد والكلام الاول تنجيز من وجه على ما بينا فيرجح جانبه لقيام الحرية في الحال وفي الاولى يرجح جانب التعليق لكونه رقيقا وقت البيان وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق به وعتق الخارج بالكلام الاول وهذا ظاهر قال رحمه الله (والبيع والموت والتحرير والتدبير بيان في العتق المبهم) أي اذا أعتق أحد عبديه غير معين ثم باع أحدهما أو مات أو أعتقه أو دبره تعين الآخر للعتق وصار بيانا لان عند الكلام أوجب عتقا مترددا بينهما عند قيام المحلية فكانا فيه سواء فاذا فاتت المحلية تعين الآخر للعتق من غير تعيين لزوال المزاحم أما في الموت فظاهر وكذا في البيع والهبة لانه لم يبق قابلا للاعتاق من جهته وكذا في الاعتاق لان المعتق لا يعتق وكذا في التدبير لانه صار حرا من وجه فلم يبق قابلا للاعتاق من كل وجه وهو الواجب به فلم يبق محلا له ولا يقال يرد على هذا ما اذا قال لغلامين أحدهما ابني أو قال لجاريتين احداهما أم ولدي ففاتت احداهما لا يتعين الباقي للعتق ولا للاستيلاد لانا نقول انه اخبار عن أمر كائن والاخبار يصح في الحي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلا يصح الا في المحل وهو الحي فان قيل لو اشترى أحد العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات أحدهما تعين البيع في الهالك وهنا تعين العتق في الحي قلنا قال على القمي لا فرق بينهما فان الهالك يهلك على ملكه في الفصلين لان الهالك في البيع داخل في ملكه حين أشرف على الهلاك لتعذر رده كما قبض

(قوله أودبره) بأن قال لاحدهما أنت حر بعد موتي عتق الآخر انتهى (قوله وكذا في التدبير) قال الحاكم الشهيد في الكافي لو قال لعبديه أحدكما حر ثم مات أحدهما أو قتل أو باعه أو دبره عتق الباقي اعلم انه اذا قال لعبديه أحدكما حر أو قال هذا حر أو هذا أو سماهما فقال سالم حر أو مبارك يؤمر بالبيان لانه المجمل فيصرف العتق الى أيهما شاء ثم البيان يثبت صريحا أو دلالة فالاول كقوله اخترت أن يكون هذا حرا باللفظ الذي قلت أو يقول أنت حر بذلك العتق أو يقول أعتقتك بالعتق السابق والثاني كما اذا باع أحدهما بيعا مطلقا أو بشرط الخيار لاحد المتبايعين أو باع بيعا فاسدا وقبضه المشتري على ما ذكره في شرح الطحاوي وتحفة الفقهاء أو لم يقبضه على ما ذكره في الفتاوى الولوالجي أو كاتب أو دبر أو رهن أو آجر فانه يكون بيانا في هذا كله ولو استخدم أحدهما أو قطع يد أحدهما أو جنى على أحدهما لا يكون بيانا في قولهم كذا في شرح الطحاوي وان أعتق أحدهما [illegible] [illegible] [illegible] الباقي بأن قال عنيت به [illegible] في اللفظ السابق يصدق في القضاء كذا في شرح الطحاوي (قوله لانا نقول انه اخبار) أي بصيغته انتهى اتقاني

والكتابة

والكتابة وتعليق عتق أحدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع لان هذه التصرفات لا تصح الا فى الملك فصار اقدامه عليها بيانا منه أنه مملوك له ومن ضرورته تعيين الآخر للعتق ولا يقال الاجارة لا تختص بالملك لجواز اجارة الحر لانا نقول الاستبدال باجارة الاعيان على وجه يستحق الاجر لا يكون الا بالملك فيكون تعيينا دلالة وهكذا نقول فى الانكاح وقال فى الكافى ذكر التسليم فى الهبة والصدقة فى الهداية وقع اتفاقا يعنى لا يحتاج اليه لان الاقدام عليه دليل على ابقائه لان هذا تصرف لا يصح الا فى الملك فلا تتوقف دلالته على القبض ولهذا سوّى فى البيع بين المطلق وبين ما فيه الخيار لاحدهما وبين الصحيح والفاسد ولم يشترط القبض فى الفاسد منه وان كان لا يفيد الحكم الا به وروى عن أبى يوسف أن العرض على البيع كالبيع والمعنى ما ذكرنا ثم لا فرق فى هذا بين أن يكون العتق المبهم مطلقا أو معلقا حتى تكون هذه التصرفات بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا جاء غد فأحدكما حر فتصرف فى أحدهما شيأ من هذه التصرفات ثم جاء الغد عتق الآخر لما بينا وكذا اذا استولد احداهما تعينت الاخرى للحرية لما ذكرنا فى التدبير قال رحمه الله (لا الوطء) أى لا يكون وطء احدى الامتين فى العتق المبهم بيانا حتى لا تعتق الاخرى وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا فى الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء فصار كما لو علقت منه وكما اذا وطئ احدى المرأتين فى الطلاق المبهم وله أن الملك ثابت فيهما ولهذا كان له أن يستخدمهما وكان له الارش اذا جنى عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة وهذا لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله فصار كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حرة أو أحدا كما حرة فوطئهما أو وطئ احداهما قبل دخول الدار وهذا لان وطء الامة لقضاء الشهوة لا لطلب الولد فلا يراد به الاستبقاء فصار كالاستخدام بخلاف ما اذا باع احدى أمتيه على أنه بالخيار ثم وطئ احداهما أو اشترى كذلك ثم وطئ احداهما حيث يتعين البيع فى الاولى غير الموطوءة وفى الثانية الموطوأة حتى لا يكون للبائع أن يعين البيع فى الموطوءة ولا للمشترى فى غيرها لانه يؤدى الى أنه وطئ ملك غيره لان الملك فيه يستند الى وقت العقد فتبين أنه وطئ ملك غيره وبخلاف وطء احدى الزوجتين لان المقصود منه الولد فيكون دليلا على الاستبقاء ثم يقال الاعتاق غير نازل فى المحل قبل البيان لتعلقه به ولهذا حل وطؤهما عنده ولكنه لا يفتى به للاحتياط فى باب الحرمات أو يقال هو نازل فى المنكرة فيظهر فى حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان اشترى أحد العينين على أنه بالخيار أن يأخذ أيهما شاء والمنكرة لا تقبل الوطء لان الوطء فعل حسى فلا يتصور وقوعه فى غير المعين فلا يعمل العتق المبهم فى المعينة أو نقول ان حل الوطء ينبنى على ملك المتعة والعتق محله ملك الرقبة فلم يتحد محلهما فلا تتحقق المنافاة لان من شرط المنافاة اتحاد المحل قال رحمه الله (وهو والموت بيان فى الطلاق المبهم) أى الوطء والموت يكونان بيانا فى الطلاق المبهم وقد بينا المعنى فيه والفرق بين الطلاق والعتق فى الوطء قال رحمه الله (ولو قال ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت حرة فولدت ذكرا وأنثى ولم يدر الاول رق الذكر وعتق نصف الام والانثى) أى رجل قال لامته ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت حرة الى آخره وهذه المسئلة على وجوه أحدها أن يوجد التصادق بعدم العلم وجوابه

(قوله ولهذا استوى) كذا بخط الشارح انتهى وعبارة الكافى سوى (قوله وبين ما فيه الخيار لاحدهما وبين الصحيح والفاسد) قال فى الهداية ولا فرق بين الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب اه قال الاتقانى أراد بالكتاب الجامع الصغير فان اطلاقه يدل عليه لانه قال باع أحدهما ولم يقيده انتهى قال الكمال والبيان يقع صريحا ثم قال ودلالة كما اذا باع مطلقا أو بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع القبض ودونه فى الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أولا وانما عتق الآخر بالمساومة فى صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه فى الذى تصرف فيه فيقع بيانا العتق الآخر وحكما كما اذا مات أحدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختيارا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء فى الآخر بموت قرينه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذى مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق أحدهما فلزم لذلك عتق الحى انتهى (قوله وروى عن أبى يوسف الخ) قال فى شرح الطحاوى روى ابن سماعة عن أبى يوسف اذا ساوم أحدهما يكون بيانا يعنى أن الآخر يتعين للعتق انتهى اتقانى (قوله والمعنى ما ذكرنا) وهو أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافى العتق فيتعين الآخر للعتق انتهى اتقانى (قوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبله) فقبل البيان الملك ثابت فى كل واحد منهما انتهى رازى (قوله ولهذا حل وطؤهما) أى جميعا بعد قوله لهما احدا كما حرة انتهى (قوله ولا يفتى به) لان المبهم لا يعدوهما انتهى رازى (قوله فى المتن وهو والموت بيان فى الطلاق المبهم) هذا التقدير للفرق بين الوطء والعتق المبهم وبين الوطء فى الطلاق المبهم على قول أبى حنيفة انتهى (قوله يكونان بيانا الخ) فان قال لامرأتيه احداكما طالق فماتت احداهما أو وطئ احداهما يكون بيانا اجماعا لان الغرض الاصلى من وطء المنكوحة الولد وقصد الولد بالوطء دليل استبقاء الملك فى الموطوأة صيانة للولد بخلاف الامة فان الغرض الاصلى من وطئها قضاء الشهوة لا الولد فلا يدل على استبقاء الملك فلا تتعين الاخرى للعتق انتهى رازى

ماذكروهو أن يكون الغلام رقيقا و يعتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحد منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا فالام بالشرط والجارية بالتبعية اذ الام عتقت بولادتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحد منهما وتسعى في النصف وأما الغلام فيرق في الحالين لان ولادته شرط لحرية الام فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها واعتبار الاحوال معتبر شرعا اذا اشتبه الاحوال لما روى أنه عليه الصلاة والسلام بعث أناسا الى بني حنيفة للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلما بلغه عليه الصلاة والسلام ذلك قضى بنصف العقل لتردد حالهم لانه يحتمل أنهم سجدوا لله اه و يحتمل أنهم سجدوا لغيره فصار أصلا في اعتبار الاحوال والثاني أن تدعي الام أن الغلام ولدته أولا وأنكر المولى ذلك والجارية صغيرة فالقول قول المولى لانه ينكر شرط العتق و يحلف على العلم لانه فعل الغير فاذا حلف لم يعتق واحد منهما الا أن تقيم البينة بعد ذلك وان نكل عتقت الام والبنت لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لاسيما اذا لم يعرف لها أب بخلاف ما اذا كانت كبيرة والثالث أن يوجد التصادق بان الغلام هو الاول فتعتق الام والبنت دون الغلام والرابع أن يوجد التصادق بان البنت هي الاولى فلا يعتق منهم أحد والخامس أن تدعي الام بان الغلام هو الاول ولم تدع البنت وهي كبيرة فانه يحلف المولى فان حلف لم يعتق أحد منهم وان نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية فلا تتعدى ولا ضرورة في غير المدعية هكذا ذكروا وهذا يشير الى أنها لو أقامت البينة تعدى والسادس أن تدعي البنت وهي كبيرة أن الغلام هو الاول ولم تدع الام فتعتق البنت اذا نكل دون الام لما ذكرنا هكذا قاله في الكافي ولا يقال وجب أن يعتقا اذا نكل عندهما لانه اقرار عندهما فاذا أقر بحرية احداهما صار اقرارا بحرية الاخرى لانا نقول اقرار بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول حتى يحكم الحاكم والدليل عليه ماذكره محمد في الاصل رجل قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقر لك به فلان من المال فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فقضى عليه بالمال لا يصير كفيلا به ولو كان اقرارا من كل وجه لصار كفيلا به وقال في النهاية قال في المبسوط وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكره ليس بجواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم أرقاء وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولم يدر أيهما أول فالغلام رقيق والجارية حرة فيعتق نصف الامة لانها ان ولدت الغلام أولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والامة والغلام رقيق فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها أو بعتق أمها تبعا ثم قال صاحب النهاية وماذكره في الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط اذا كان في طريق واحد فالقول قول من ينكر وجوده كدخول الدار ونحوه وان كان الشرط مذكورا في جانب الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فيحتاج فيه الى اعتبار الاحوال قال رحمه الله تعالى (ولو شهدا أنه حرر أحد عبديه أو أمتيه لغت الا أن تكون في وصية أو طلاق مبهم) أي لو شهد رجلان

(قوله ويعتق نصف الام ونصف الجارية) وتسعى كل واحدة منهما في النصف كما سيأتي انتهى (قوله لان ولادته شرط لحرية الام) والحكم يعقب الشرط اه رازى (قوله ويحلف على العلم لانه فعل الغير) وكل من حلف على فعل الغير حلف على العلم أصله حديث القسامة انتهى اتقانى (قوله وان نكل عتقت الام والبنت) لان الجارية صغيرة فصارت الام خصما عنها لكون حريتها نفعا محضا فعتقا جميعا انتهى اتقانى رحمه الله قال فخر الاسلام وانما تصح خصومة الام عن البنت مادامت صغيرة وان كانت كبيرة لم تصح اتقانى (قوله فتعتق الام والبنت دون الغلام) لانه لا حظ له من العتق اه رازى لان الغلام قد زال عن الام في حال الرق فلم يعتق تبعا أيضا انتهى اتقانى (قوله فلا يعتق منهم أحد) أي لانعدام وجود شرط العتق انتهى اتقانى (قوله فانه يحلف المولى) أي على العلم انتهى (قوله وان نكل عتقت الام دون البنت) لان النكول انما صار حجة باعتبار الدعوى ودعوى الانابة عن الجارية لا تصح لعدم الانابة ولم توجد الولاية على الجارية أيضا فلم تصح دعواها عنها فلم يعتبر النكول في حق الجارية انتهى اتقانى (قوله ولم تدع الام) فان حلف المولى لا يثبت عتق أحد انتهى اتقانى (قوله والدليل عليه ماذكره محمد في الاصل) هذا الفرع الذي نقله عن الاصل سيأتي في كتاب الدعوى انتهى (قوله في المتن ولو شهدا أنه حرر أحد عبديه الخ)* فروع شهدا أنه حرر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهم لم يشهدوا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر في هذه على لانها كشهادتهما على عتق احدى أمتيه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان متعينا لما أوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما أن القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة لانه لابد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية انتهى

على رجل أنه أعتق أحد مملوكيه لاتقبل الشهادة فيه الا أن تكون فى وصية استحسانا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا تقبل الشهادة ولوشهدا أنه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق احداهن بالاجماع وأصل هذا أن الشهادة بعتق العبد من غير دعوى العبد لاتقبل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقبل وفى الطلاق تقبل اجماعا لهما أن العتق حق الشرع وعدم الدعوى فيه لايمنع قبول الشهادة فيه ألا ترى انه لايحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ولا يجوز أن يحلف به وانما يحلف بما هو حق الله ويجوز ايجابه فى المجهول ولا يصح ايجاب الحق للمجهول ويتعلق به حرمة استرقاقه والحرمة حق الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام ثلاثة انا خصمهم وعد منها من استرق حرا ويتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والزكاة والحج وتثبت به أهلية الشهادة والولاية ولايمنع قبول الشهادة بالتناقض فى دعوى العتق حتى لو أقر بالرق لانسان ثم ادعى حرية الاصل وأقام بينة تقبل بينته ولو كانت الدعوى شرطا لكان مانعا لان التناقض يعدم الدعوى ولهذا لايشترط الدعوى فى عتق الامة بمنزلة طلاق المرأة وهذا دليل على أنه حق الله تعالى ولهذا كان قربة يتأدى به بعض الواجبات فان قيل على هذا وجب أن تقبل فيه شهادة الفرد لكونه أمرا دينيا قلنا فيه الزام وان كان دينيا فلا يثبت الا بحجة تامة ولابى حنيفة رحمه الله تعالى أن المشهود به حق العبد لانه يثبت به القوة الحكمية لنفسه والقوة الحقيقية حقه لانه نفسه حقه بجميع معانيه وأوصافه والقوة الحكمية منها لانه يصير بها مالكا لنفسه وأكسابه ومالكية الاكساب حق المالك لانها عبارة عن اختصاص يتمكن به من اقامة المصالح المتعلقة به وما وراء ذلك ثمرات العتق ولا عبرة به وانما العبرة للمشهود به فاذا كان حق العبد يتوقف قبول البينة فيه على دعواه وحق العبد قد لايتوقف على قبوله ولا يرتد برده كالعفو عن القصاص والتناقض فيه عفو لخفائه كدعوى النسب بخلاف عتق الامة لانه تضمن تحريم الفرج وحرمة الفرج حق الله تعالى فصار كطلاق المنكوحة واذا كان الدعوى شرطا عنده لم يتحقق فى عتق أحدهما لان الدعوى من المجهول لاتصح فلا تقبل الشهادة فيه وفى عتق الامة انما قبلت لتضمنها تحريم الفرج وليس فى عتق احدى الامتين ذلك لان العتق المبهم لايوجب تحريم الفرج على ما بينا فتكون الدعوى شرطا فيه بخلاف الطلاق المبهم لانه يتضمن تحريم الفرج فيكون حقا لله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى اجماعا فان قيل لو كان سقوط الدعوى فى عتق الامة لثبوت حرمة فرجها على المعتق لما قبلت على عتق الامة المجوسية وأخته من الرضاع وأمثالهما وعلى الطلاق الرجعى لعدم تضمن الحرمة قلنا لايخلو عن اثبات حق الله تعالى فيه أما الرجعى فقد انعقد سببا للحرمة لانها تحرم به عند انقضاء العدة وينتقص به العدد أيضا وهو نوع من الحرمة والامة المجوسية لايوجب وطؤها الحد ولا يسقط به الاحصان مادامت فى ملكه وبعد العتق يوجب الحد ويسقط به احصانه وكذا أخته من الرضاع لايوجب وطؤها الحد مادامت فى ملكه وبضعها مملوك له حتى يملك عليه ويملك العقر اذا وطئت بشبهة ولان الامة متهمة فى تركها الدعوى أو فى انكارها لما لها من الحظ عند المولى فلا يعتبر انكارها بخلاف العبد حتى لو كان العبد متهما بان وجب عليه حد أو قصاص فى طرفه فأنكر العتق لايلتفت الى انكاره وفى حرية الاصل قيل لايشترط الدعوى اجماعا لانه يتضمن تحريم فرج الام وقيل يشترط لما ذكرنا وان شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو شهدا على تدبيره فى مرضه أو فى صحته تقبل استحسانا والقياس أن لاتقبل لما ذكرنا أن العتق فى مرض الموت وصية حتى اعتبرت من الثلث والتدبير وصية سواء كان فى المرض أو فى الصحة والخصم فى تنفيذ الوصية هو الموصى لان وجوب تنفيذ الوصية لحقه ونفعه يعود اليه وانكاره مردود لانه سفه وهو معلوم وله خلف وهو الوصى أو الوارث فتحقق الدعوى من الخلف ولان العتق المبهم يشيع فيهما بالموت حتى يعتق من كل واحد منهما نصفه فتحقق الدعوى من كل واحد منهما فصار كل

(قوله ولوشهدا الخ) هذا معنى قوله أو طلاق مبهم انتهى (قوله ويجبر الزوج على أن يطلق احداهن بالاجماع) وهذا لان الطلاق متضمن لتحريم الفرج وهو من حقوق الله فلا تشترط فيه الدعوى انتهى (قوله لهما أن العتق) يعنى حق الله لان من حق الله تعالى أن لاتسترق الاحرار فصار كالشهادة على الطلاق انتهى اتقانى (قوله لان العتق المبهم لايوجب تحريم الفرج) أى عنده انتهى رازى (قوله على ما بينا) فصار كالشهادة على عتق أحد عبديه انتهى رازى (قوله لما ذكرنا) انه لابد فيه من الدعوى والدعوى من المبهم لاتتصور انتهى (قوله وان شهدا انه أعتق أحد عبديه الخ) هذا معنى قوله الا فى وصية انتهى (قوله أو فى صحته تقبل استحسانا) ذكر الاستحسان فى عتاق الاصل وقال لو قالا أى الشاهدان كان هذا عند الموت استحسنت أن أعتق من كل منهما نصفه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقول أحد عبدى هذين حر وشهد عليه شاهدان بذلك قال شهادتهما باطلة الا أن يكون فى وصية ويموت القائل ويترك ورثة فينكرون فالشهادة جائزة وهو قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الشهادة جائزة فى الصحة ويجبر على أن يوقع العتق على أحدهما بعينه اعلم أن الشهادة على عتق الامة جائزة بالاتفاق وكذا الشهادة على طلاق المرأة وعلى طلاق احدى النساء جائزة بالاتفاق والشهادة على عتق العبد بلادعواه لايجوز عند أبى حنيفة خلافا لهما وكذا الخلاف فى الشهادة على عتق احدى الأمتين انتهى

كذا بخط الشارح وفى نسخة بالعتق كذا بخط الشارح الرازى وكذا فى الهداية اهـ قال الكمال الحلف بالكسر مصدر الحلف سماعى وله مصدر آخر أعنى حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

على حلفة لا أشتم الدهر مسلما * ولا خارجا من فىّ زور كلام

وقال امرؤ القيس

حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما إن من حديث ولا صالى

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط اهـ قال الاتقانى ثم شرع فى بيان التعليق بعد ذكر مسائل التنجيز لان التعليق قاصر فى كونه سببا لانه ليس سببا فى الحال عندنا اهـ (قوله فاعتبر قيام الملك وقت الدخول) قال الكمال رحمه الله وعدول المصنف الى لفظ وقت عن لفظ يوم فى قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم يراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق لانه أضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان فى اللفظ انما أضيف الى لفظ اذ المضافة للدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد به يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقييد اليوم به لكن اذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا فى الاستعمال اذ الفصيح كنحو ويومئذ يفرح المؤمنون فانه لا يلاحظ فى هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ونظائره كثيرة فى كتاب الله وغيره فعرف أن لفظة اذ لم تذكر الا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له أعنى التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير فى أقوال أهل العربية فى بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها اهـ (قوله فبقى الخ) ولو لم يبق بل باعه وتجدد له فيه ملك يعتق أيضا اهـ (قوله لا يعتق من ملكه بعد اليمين) لانه أرسل الملك ارسالا والملك المرسل يراد به الحال لان المستقبل موهوم فلا يعتبر فصار كأنه قال كل مملوك لى فى الحال اهـ ع (قوله لان قوله اذا كل مملوك لى للحال) قال الرازى لان قوله كل مملوك لى يتناول من كان مملوكا له وقت صدور الكلام منه لا ما يملكه فى المستقبل اهـ ع (قوله والجزاء حرية المملوك فى الحال) ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار فى الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم عن نسب اليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أى لاختصاص من تجر معنى متعلقها اليه به أى بمعنى المعتق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فلزم قيام ملكه فى الحال ضرورة اتصافه بأثرها فى الحال والا ثبت الاثر بلا مؤثر هذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لى حر العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤاجرين والاماء وان كن حوامل وأمهات أولاده والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لانه مملوك من وجه اذ هو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق لانه خلاف الظاهر فى عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع ان طائفة من الاصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة ووضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الجنين الا أن يعينهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبى يوسف الا أن ينويهم وسواء كان على العبد دين أو لا وعلى قول أبى حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان فى ملكه وما سيملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته فى ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ولا يخفى أن التعليل يرشد الى أن عتق ما هو فى ملكه مع هذه النية انما هو فى القضاء وفى الذخيرة قال مماليكى كلهم أحرار ونوى

منهما خصما معنى ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحد كما حر فلا نص فيه فقال بعض مشايخنا لا يقبل لان العتق فى الصحة ليس بوصية والاصح أنه يقبل اعتبارا للشيوع والله أعلم بالصواب

﴿باب الحلف بالدخول﴾

قال رحمه الله (ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ حر عتق ما علك بعد به) أى اذا قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ حر عتق ما يملكه بعد اليمين بدخول الدار لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت الدار فحذف الجملة وعوضه التنوين فاعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول فان قيل ينبغى أن لا يعتق بهذا اليمين من لم يكن فى ملكه يوم حلف لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فلا يتناول ما سيملكه قلنا ان لم توجد الاضافة الى الملك صريحا فقد وجدت دلالة لان المملوك لا يكون بدون الملك فصار كأنه قال ان ملكت مملوكا فهو حر وقت دخول الدار بخلاف ما اذا قال لعبد الغير ان دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار حيث لم يعتق لانه لم توجد الاضافة الى الملك لا صريحا ولا دلالة قال رحمه الله (ولو لم يقل يومئذ لا) أى لو لم يقل فى يمينه يومئذ بل قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى حر لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال الا أنه لما دخل الشرط عليه تأخر الى وجود الشرط فيعتق

اذا بقى على ملكه الى وجود الشرط وهو الدخول ولا يتناول من اشتراه بعده لعــدم الاضافة الى الملك أو الى سببه ونظيره مالو قال كل مملوك لى حر غدا لا يعتق من ملكه بعد اليمين لما قلنا وعلى هذا لو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه حر ينصرف الى المملوك الحال لان أملكه للحال وان قال يومئذ ينصرف الى ما يملكه يوم دخول الدار مع ذلك لما ذكرنا قال رحمه الله (والمملوك لا يتناول الحمل) أى لفظ المملوك لا يدخل تحته الحمل لانه يتناول المملوك المطلق والحمل مملوك تبعا للام لا مقصودا فلا يدخل تحت المطلق ولانه عضو من وجــه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء حــتى لو قال كل مملوك لى حر وكان له حــمل مملوك بطريق الوصية بان أوصى له بالحمل فقط أو قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لاقل من ستة أشهر لم يعتق لما ذكرنا وكذا لا يدخــل المكاتب فيه لانه ليس بمملوك من كل وجــه لانه حر يدا وخرج من يد المولى حتى يستحق الارش على المولى ان جنى عليه وان كان رقه كاملا بخلاف أم الولد والمدبر لان ملكهما كامل وان كان الرق فيهما ناقصا على ما يجىء فى الايمان ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (كل مملوك لى أو أملكه حر بعد غد أو بعــد موتى يتناول من ملكه منذ حلف فقط) يعنى اذا قال كل مملوك لى حر بعد غد أو قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال بعــد موتى فيهما يتناول من كان فى ملكه يوم حلف ولا يتناول ما ملكه بعد اليمين حــتى يعتق بعــد غد أو يكون مدبرا فى الحال من كان فى ملكه فى ذلك الوقت ولا يعتق ولا يصير مدبرا من ملكه بعد ذلك لان قوله كل مملوك لى للحال على ما بينا وكذا كل مملــوك أملكه ولهذا يستعمل فيه بغــير قرينة وللاستقبال بقرينة من سين أو سوف فينصرف مطلقــه الى الحال فكان الجزاء حرية المملوك أو تدبير المملوك فى الحال فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين قال رحمه الله (وبموته عتق من ملك بعــده من ثلثه أيضا) أى يعتق بموت المولى من ملكه بعــد اليمــين من ثلث ماله أيضا وهــذا عندهما وقال أبو يوسف لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقــة للحال على ما بيناه فلا يتناول ما سيملكه ولهذا صار من كان فى ملكه وقت اليمين مدبرا ولا يصــير الآخر مدبرا ولهــذا لا يعتق فى قوله كل مملوك لى أو كل مملوك أملكه حر بعــد غــد الا من كان فى ملكه وقت اليمين وبه استــدل عيسى حين طعن عليهــما

الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لى ونوى التخصيص يصدق ديانة اه فان قلت ما الفرق وفى الوجهــين هو تخصيص العام فالجواب ان كلهم تأكيــد للعام قبله وهو مما يكى لانه جمع مضاف فيهم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لى فان الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص اه فتح (قوله فى المتن والمملوك لا يتناول الحمل) قال الرازى حتى لو قال لامته كل مملوك غيرك حر لم يعتق حملها اه (قوله لانه يتناول المملوك) اى بالاصالة والاستقلال اه (قوله والحمل مملوك تبعا للام) كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا علك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل أنه لم يعتبر فى الشرع نفسا مملوكة أنه لا يجزى عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره اه فتح (قوله أو قال كل مملوك لى ذكر) قال المصنف رحــمه الله وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخــل الانثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على أن لفظة مملوك إما الذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزأ مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث (٩١) وإما أن الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك اه كمال رحمه الله (قوله وكذا لا يدخل المكاتب) يعنى اذا قال كل مملوك لى حر يعتق المدبرون وأم الولد بخــلاف المكاتبين فان المكاتب لا يعتق ما لم ينوه كذا نص الحاكم فى الكافى اه اتقانى فى باب التدبير (قوله فى المتن بعد غد) ظرف لحر لا لاملكه اه (قوله أو قال بعد موتى فيهما) أى فى قوله كل مملوك لى وفى قوله كل مملوك أملكه كذا بخط الشارح رحمه الله (قوله فلا يتناول ما سيملكه) قال الكمال قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هــذا القول والذى اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى يجوز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبى يوسف فى النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعــد يمينه وانما يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف اه (قوله وبه استدل عيسى حين طعن عليهــما) قال الكمال رحمه الله وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان فى جواب المسئلة وأوجب المروى عن أبى يوسف اه قال الاتقانى رحمــه الله قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر فالذى كان عنده مدبر والآخر ليس بمدبر وهــذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد فى أواخر الكتاب قبيل باب الاشربة وصورتها فيــه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى فاشترى مملوكا آخر فان المملوك الذى كان عنده مدبر وهــذا الآخر ليس بمدبر ويعتقان من الثلث ويكونان شريكين فى الثلث وكذا لو قال كل مملوك لى فهو حر بعــد موتى وذكر أبو طاهر الدباس عن أبى يوسف فى النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه لانه لم يدخل فى الايجاب ولهذا يصير الاول مدبرا ولا يصــير الثانى مدبرا قال فخر الاسلام البزدوى هذه المسئلة طعن فيها عيسى بن أبان فقال قوله أملكه يتناول الحال عند الاطلاق فان كان العمل وايجابه بهذا الاصل وجب أن لا يعتق الذى اشتراه فيكون مملوكا يباع كما لو قال

كل مملوك أملكه فهو حر وان كان هذا الكلام يتناول الاستقبال لقوله بعد موتي وجب أن يصير ما اشتراه مدبرا ثم قال عيسى بن أبان فالجواب عندي في هذه المسئلة أنه انما يعتق من كان في ملكه يوم حلف عند الموت ولا يجوز بيعهم قبل الموت ومن حدث في ملكه جاز بيعه ولم يعتق عند الموت بمنزلة قوله كل مملوك أملكه فهو حر غدا اهـ (قوله ولهما أن هذا) أي قوله كل مملوك أملكه أو قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي اهـ (قوله أو كل مملوك أملكه يتناول الحال) أي والحال نوعان راهنة ومتربصة وهي حالة الموت والكل جنس واحد فصار المراد به ما يملكه في الحالة الراهنة وما يملكه حال الموت فاذا تناولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم مرادا به بلا احتمال فصار مدبرا فلم يجز بيعه فأما الذي ملكه فيما يستقبل فانه لم يصر مرادا به لان ما بين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض ليس من الحال في شيء فاذا باعه فقد باعه قبل وجوب حق العتق فصح واذا لم يبعه حتى بقي على ملكه الى وقت الموت يتناوله الايجاب حينئذ لكونه واقعا على حال الموت فوجب له العتق وصار موصى له فزاحم الاول في الثلث فوجب أن يقسم الثلث بينهما يضرب كل واحد منهما في ذلك بقيمته كذا في الكافي قال الاتقاني رحمه الله والمذهب عندي ما ذهب اليه أبو يوسف في النوادر لانه يلزم على ما قال أبو حنيفة ومحمد الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد فلا يجوز لانهما أرادا بقوله أملك الحالة الراهنة والحكمية جميعا والحالة الراهنة حقيقة والحكمية مجاز لان نافي الحكمية لا يكذب وأيضا لا تراد بلا قرينة وذلك أمارة المجاز اهـ ﴿فروع من تعليق العتق﴾ قال لعبده ان بعتك فأنت حر لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما حاليتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبده (٩٢) ان دخلت فأنت حر فباعه فدخل (١) لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع أمرين كان الشرط احتمال وجود الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط ولو قال ان دخلت فأنت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حر اذا كلمت فلانا لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا تنعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فأنت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك أو مضافا واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال أحدكما أو قال هذا أو هذا اعتق عبده عند أبي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا أن ينوي به ومثله وأصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد أنه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال أحدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر أو لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يعتق الا بشاهد واحد على الشرط فلو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما فان جحد الاب جازت شهادتهما لانها على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وان ادعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة وعند محمد هي جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والامكان لان بشهادتهما يظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله أعلم اهـ كمال رحمه الله

ولهما أن هذا ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع بعد الموت ويكون حال الموت فيهما مقصودا ألا ترى أن من أوصى بثلث ما يملكه وليس له مال أو كان له مال واستحدث غيره يتناولهما اذا بقيا في ملكه الى الموت وكذا اذا أوصى لاولاد فلان وله أولاد وولد له بعد ذلك أولاد دخل الكل في الوصية فاذا ثبت هذا فنقول قوله كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه يتناول الحال لما مر فصار ايجابا من هذا الوجه وهو أيضا ايصاء لما ذكرنا فيتناول ما يملكه عند الموت لما مر فيعتبر فيه حالة الموت فعملنا بموجبهما فأعملنا الايجاب في المملوك للحال وأعملنا الوصية فيه وفي المستحدث فاذا تناولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم داخلا فيه بلا احتمال فصار مدبرا والذي يملكه بعد ذلك فيه

(١) قوله فباعه فدخل لم يعتق هكذا في الاصل ولعل هنا سقطا فحرر اهـ مصححه

(قوله بخلاف قوله بعد غد) حيث لا يدخل المشترى تحت هذا اللفظ لانه يتناول الراهنة اه (قوله فجمعنا بينهما باعتبار سببين) وأنت تعلم أن هذا قول العراقيين غير مرضى فى الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين اه

احتمال لانه ان بقى الى موته فى ملكه صار داخلا فيه باعتبار الوصية والا فلا فصار كالمدبر المقيد فجاز تصرفه فيه بالاخراج عن ملكه وما بينهما ليس حال ايجاب العتق ولا حال اعتبار الوصية فلا يدخل فيه بخلاف قوله بعد غد لانا انما ألحقنا المستقبل بالحال اذا قام الدليل عليه وهو الايصاء ولم يقم الدليل فى قوله بعد غد فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال فى لفظ واحد فيلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز أو تعميم المشترك على ما اختلفوا فى الفعل المضارع وذلك لا يجوز قلنا هذا الكلام يتناول الموجود حالة الاعتاق لكن حال الاعتاق هو حال التكلم من وجه ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عنده لكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم كحالة واحدة فى المعنى وهو حال وجود العلة فيتناولهما باعتبارها أو نقول هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى سببه والوصية لا تصح الا فى الموجود عند الموت فجمعنا بينهما باعتبار سببين مختلفين وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كاختلافهم فى قوله لله على أن أصوم رجبا ونوى النذر واليمين فان أبا يوسف يمنع الجمع بينهما وقد عرف فى موضعه وهذا كله فيما اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فيتناول الكل لانه نوى التشديد على نفسه فيصدق والله أعلم

﴿باب العتق على جعل﴾

قال رحمه الله (حرر عبده على مال فقبل عتق) أى أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف أو بألف أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها الى أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بالف وانما يعتق بقبوله لانه علق عتقه بقبول المال ولانه معاوضة ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض فى الحال كما فى البيع فاذا قبله العبد صار حرا فى جميع أحكامه والمال دين عليه لانه التزمه بقوله وكانت ذمته صالحة وقد تأكدت بالعتق وجاز أن يجب المال عليه وان لم يملك بمقابلته ما سقط من حق المولى شيأ كما يجب بالخلع وان لم تملك المرأة شيأ بازاء ما سقط من حق الزوج وكما يجب بالصلح عن دم العمد وهو دين وجب عليه بعد الحرية حتى صحت الكفالة به فلا يؤدى الى التنافى بخلاف بدل الكتابة لانه وجب مع المنافى لانه يسعى وهو عبد والاصل أن لا يكون للمولى على عبده دين فلم يكن بدل الكتابة دينا مطلقا اذ الدين ما لا يمكن المدين الخروج عنه الا بالقضاء أو الابراء ودين الكتابة يمكنه الخروج عنه بالعجز واطلاق لفظ المال يتناول أنواعه حتى الحيوان وان لم يكن معينا بعد أن يكون معلوم الجنس ولا يبالى بجهالة الوصف كالجودة والرداءة لانها يسيرة ولا بجهالة النوع لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وانما تمنع الجهالة اليسيرة من صحة هذه العقود لانه يجرى التسامح فيها فلا تكون مانعة من التسليم والتسلم والفساد باعتباره ولهذا لو عقد على ملك الغير ولم يجز صاحبه تجب قيمته ولا يفسخ العقد مع أن القيمة مجهولة بخلاف البيع قال رحمه الله (ولو علق عتقه بادائه صار مأذونا) أى

قال الكمال أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع فى الطلاق لان المال فى هذين البابين من الاسقاط غير أصل بل الاصل عدمه فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل والجعل ما يجعل للانسان على شئ يفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبطها بالكسر فى الصحاح وفى غيره من غريب الحديث للقتبى وديوان الادب للفارابى بالفتح فيكون فيه وجهان اه قال الاتقانى والمراد منه العتق على مال قال الاتقانى قال فى شرح الطحاوى اذا قال لعبده أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم فانه لا يعتق ما لم يقبل ويقع على مجلسه ذلك فان قبل وقع العتق بنفس القبول والمال دين عليه وان كان غائبا يقع بمجلس علمه فان وجد القبول صح وان رد أو أعرض عن المجلس بطل وانما يكون الاعراض عن المجلس إما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر يعلم أنه قطع لما قبله اه (قوله وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف) ولا يشترط الاداء اه اتقانى (قوله ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض) لان المولى يثبت ملكه فى العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان فى ملكه اه فتح وكتب على قوله بثبوت الحكم ما نصه أراد به العتق هنا اه (قوله كما فى البيع) يزول ملكه عن المبيع بمجرد القبول قبل اداء الثمن اه وكما اذا طلقها على مال يقع الطلاق بمجرد القبول قبل أداء العوض اه (قوله واطلاق لفظ المال يتناول أنواعه) أى من النقد والمكيل والموزون والعرض اه فتح (قوله ولا بجهالة النوع) لا بد من معلومية النوع الا أن يريد منه الصنف فيصح كلام الشارح رحمه الله

(قوله أو باداء المال) حاصل ماذكره الشارح أن الضمير فى قول المصنف باداته يصح أن يرجع للعبد ويصح أن يرجع للمال اه (قوله صار مأذوناله فى التجارة) وانما صح تعليق العتق باداء المال لان العتق اسقاط حق فيه معنى المال ولهذا لو أعتقه فى مرض موته ولامال له غيره لزمه السعاية وما كان فيه معنى المال جاز أخذ العوض عنه اه اتقانى (قوله ولم يرد به الا كتساب بالتكدى لانه أمارة الخساسة) أى فيلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط اه فتح (قوله وكما اذا قال متى أديت أو اذا أديت) فرع ذكره الشارح فى الشفعة فى باب طلب الشفعة اذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى قلت لك اذا أديت الى ألفين فأنت حر وقال العبد قلت اذا أديت الى ألفا فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد وتمام الكلام هنالك اه (قوله على مابينا فى الطلاق) فيعمان الاوقات كلها اه (قوله ونزله قابضا بذلك) (٩٤) أى بالتخلية بينه وبينه بحيث لومد يده أخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم أن يحكم بأنه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا أما لو كان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة كما اذا قال ان أديت الى كذا خمرا أو ثوبا فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبولهما أى لا ينزل قابضا الا ان أخذه مختارا وأما عدم العتق فى قوله ان أديت الى ألفا فحججت بها فأنت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان قال ان أديت الى ألفا أحج بها يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والحج وقع مشورة اه كمال (قوله وهو تفسير الاجبار فى سائر الحقوق) أى من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها اه فتح قال فى الهداية ومعنى الاجبار فيه وفى سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية اه (قوله ولا يجبر عليه) أى لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان أخذه كان قابضا وعتق العبد اه فتح (قوله ولا يحتمل الفسخ) واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة اعتبارا شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر الانسان على أن يباشر سببا يوجب عليه شيأ اه فتح (قوله حتى لو طلقها بهذه الصفة) كما اذا قال ان أديت الى ألفا فأنت طالق حتى وقع بائنا اه (قوله رعاية اللفظ) أى لفظ المولى اه (قوله فاجبرنا المولى على القبول) أى اذا أدى العبد المال اه (قوله ولو أدى البعض يجبر على القبول الخ) قال فى الزيادات لو قال اذا أديت الى ألف درهم فأنت حر فجاء ببعض الالف أجبر المولى على قبوله لان هذا جزء من جملة هى عوض عند الاداء فصار للبعض حكم الاعواض أيضا كقبض بدل الكتابة وبعض الثمن فان أداء بعض الثمن لا يوجب قبض شئ من المبيع وكذلك بدل الكتابة ومع ذلك يجبر على القبول لانا لو لم نجبره لكلفنا المؤدى ماليس فى وسعه وهو أداء جميع البدل وذلك باطل وقال فى شرح الطحاوى ولو أتى العبد بخمسمائة فالقياس أن لا يجبر لانه لا يعتق

لو علق المولى عتق العبد باداء العبد أو باداء المال صار العبد مأذوناله فى التجارة لدلالة حاله على ذلك لانه حثه على أداء المال ولا يتمكن من ذلك الا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب بالتكدى لانه أمارة الخساسة فتعين التجارة لانها هى المعتادة ولا يصير مكاتبا لان صيغته صيغة التعليق وهو أن يقول ان أديت الى ألفا فأنت حر أو نحوه فتعليق عتقه باداء المال كتعليقه بسائر الشروط وهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يبطل بالرد وللمولى أن يبيعه والكتابة توجب المال على العبد بالقبول فيثبت المال له بمقابلة ماحصل للمكاتب من ملك اليد والكسب وهنا لم يجب من المال على العبد شئ لعدم ملك اليد والكسب ثم ان قال ان أديت الى يقتصر على المجلس وعن أبى يوسف انه لا يقتصر حتى لو باعه ثم اشتراه وأدى يجبر على القبول ويعتق لانه تعليق محض فلا يقتصر على المجلس كما فى التعليق بسائر الشروط وكما اذا قال متى أديت أو اذا أديت وجه الظاهر أن هذا بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لتخيره بين الاداء والامتناع ولو قال ان شئت فأنت حر يتوقف به فكذا هذا بخلاف متى واذا لانهما للوقت على مابينا فى الطلاق قال رحمه الله (وعتق بالتخلية) ومعنى هذا الكلام أن العبد اذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال أجبره الحاكم ونزله قابضا بذلك وحكم بعتق العبد قبض أولا وهو تفسير الاجبار فى سائر الحقوق وقال زفر لا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس لانه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه أن يبيعه قبل الاداء ولا يصير العبد أحق باكسابه ولو أبرأه المولى لا يعتق ولا يعتبر ابراؤه ولو تبرع به غيره وأدى عنه لم يعتق ولو حط عنه البعض بطلبه وأدى الباقى لم يعتق ولو مات وترك مالا فهو للمولى ولو مات المولى لا يعتبر أداؤه الى الورثة ولا يتبعه أولاده فاذا كان تعليقا فلا يجبر على الحنث كما اذا علقه بغيره من الشروط فاذا لم يقبل المولى لم يعتق لان الشرط أداء متصل بقبوله لمكان قوله الى فلا يتم بفعل العبد وحده بخلاف المكاتب لان الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فاحتجنا الى جعل المولى قابضا ليتخلص عن عهدة الوجوب ولنا أن هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المقصود معاوضة لانه حثه على اكتساب المال ورغبه فى الاداء بما جعل له فيه من العتق وهذا معنى الكتابة وهذا المال عوض من وجه حتى لو طلقها بهذه الصفة كان لازما وكان الطلاق بائنا وما تردد بين أمرين يوفر حظه عليهما فوفرنا عليه حكم التعليق ابتداء فى حق تلك الاحكام رعاية للفظ ودفعا للضرر عن المولى ووفرنا عليه حكم الكتابة فى الآخرة فأجبرنا المولى على القبول دفعا لضرر الغرور عن العبد لانه لم يتحمل المشقة فى اكتساب المال الا لينال شرف الحرية نظير الهبة بشرط العوض فانه جعل هبة ابتداء حتى اعتبر التقابض فى العوضين وبطل بالشيوع وجعل تبعا انتهاء حتى يرد بخيار العيب والرؤية عملا بالشبهين ولو أدى البعض يجبر على القبول

اعتبار الجزء بالكل لكنه لم يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط بخلاف الكتابة فانها معاوضة فيعتبر فيها الابراء وغيره من الاحكام التى ذكرناه وذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه أن المولى لا يجبر على قبض البعض لانه انما يكون كالمكاتب اذا كان يعتق بالاداء ولا يقال كيف يجعل معاوضة وكلاهما مال المولى لانا نقول لما ثبت معنى المعاوضة من الوجه الذى بينا أنه كالكتابة ثبت معنى المعاوضة قبل الاداء اقتضاء وكان أحق باكسابه وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله فانه يكون أحق بذلك المال ولو أداه عتق ثم اذا أدى ألفا اكتسبها بعد التعليق عتق ولم يرجع المولى عليه لانه مأذون له بالاداء منه وان فضل منه شئ فهو للمولى لانه كسب عبده وان أدى ألفا اكتسبها قبله رجع للاستحقاق وهو لا يمنع العتق كما لو أدى مغصوبا فاستحق هذا اذا كان المال معلوما وان كان مجهولا بأن قال ان أديت الى دراهم فأنت حر لا يجبر على قبول المال لان مثل هذه الجهالة لا تكون فى المعاوضة فلا يمكن حملها على الكتابة فيكون يمينا محضا ولا جبر فيها قال رحمه الله (وان قال أنت حر بعد موتى بألف فالقبول بعد موته) لان ايجاب العتق أضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب فصار كقوله أنت طالق غدا ان شئت فانه لا يعتبر مشيئتها قبل غد وكذا لو قال لعبده أنت حر غدا بألف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا أنه لا يجب المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا أن يكون مكاتبا فسقط بخلاف ما اذا أعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد زال فان قيل اذا لم يجب المال فما فائدة القبول قلنا فائدته أن يكون مدبرا بوجود الشرط لان التدبير معلق بقبول المال فلا يكون مدبرا مالم يقبل ونظيره ما لو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتى فانه يعتبر القبول فيه فى الحال فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما ذكرنا وعلى هذا لو قال ان شئت فأنت طالق غدا فالمشيئة فى الحال بخلاف ما اذا قال أنت طالق غدا ان شئت حيث تكون المشيئة فيه فى غد لما ذكرنا وقال أبو يوسف تعتبر المشيئة فى الغد فيهما لان الطلاق توقف على مجىء الغد فيهما فكذا المشيئة وقال زفر المشيئة فى الحال فيهما اذ لا فرق فى الايمان بين تقديم المشيئة وتأخيرها ولو قدم المشيئة تعتبر المشيئة فى الحال اجماعا فكذا اذا أخر ثم قالوا فى مسئلة الكتاب لا يعتق وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للعتق وهذا صحيح لان العتق ليس بمعلق بالموت وفى مثله لا يعتق الا باعتاق الوارث كما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق أحد فان قيل أهلية المعلق ليس بشرط وقت وجود الشرط ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بشرط ثم جن ووجد الشرط وهو مجنون فانه يقع الطلاق والعتاق فوجب أن يكون هنا مثله قلنا نعم اذا كان ملك المعلق قائما وقت وجود الشرط وهنا خرج ملكه وبقى للوارث ومتى خرج عن ملكه لا يقع بوجود الشرط مع وجود الاهلية فما ظنك عند عدمها ولانه لما تأخر العتق عن الموت صار بمنزلة الموصى بعتقه وذلك لا يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصى أو القاضى فكذا هنا قال رحمه الله (ولو حرره على خدمته سنة فقبل عتق) يعنى من ساعته لان الاعتاق على الشئ يشترط فيه وجود القبول لا وجود المقبول كسائر العقود وصورة المسئلة أن يقول له أعتقتك على أن تخدمنى كذا مدة فأنت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة قال رحمه الله (وخدمه) لانه سلم له المبدل فيجب عليه تسليم البدل قال رحمه الله (فلو مات تجب قيمته) أى لو مات المولى أو العبد تجب قيمته عليه وتؤخذ من تركته اذا كان الميت هو العبد وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد عليه قيمة الخدمة فى المدة وهو قول أبى حنيفة رحمه الله أولا وهذا الخلاف مبنى على خلافية أخرى وهى ما اذا باع العبد من نفسه بجارية أو أعتقه عليها ثم هلكت قبل القبض أو استحقت يرجع المولى عليه بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد وعلى هذا لو أعتق ذمى عبده على خمر فى الذمة فاسلم يجب عليه قيمة نفسه عندهما وعنده قيمة الخمر له أنه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليست بمال فى حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد فاستحق فانها

بقبول هذا وهو قول أبى يوسف وفى الاستحسان يجبر على القبول كما فى المكاتب اه اتقانى (قوله وان أدى ألفا اكتسبها قبله رجع) أى المولى عليه وعتق اه هداية (قوله لانه ايجاب) الذى بخط الشارح لان ايجاب الخ اه (قوله لو مات المولى أو العبد) أى قبل الخدمة اه رازى (قوله له أنه معاوضة مال) أى وهو الخدمة اه (قوله اذ لا يملك نفسه) أى وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها اه

(قوله ولهذا كان المعتبر قيمة نفسه) أي على قولهما اه (قوله أو قيمة المنفعة) أي التي هي الخدمة على قول محمد اه (قوله في المتن فأبت أن تتزوجه عتقت مجانا) قال الاتقاني لا تجبر الامة على التزوج بعد العتق لانها صارت حرة مالكة أمر نفسها اه قال الكمال فاذا أعتق فأما ان تتزوجه أولا ولا يلزمها التزوج لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شيء أصلا لان حاصل كلامه أمر المخاطب باعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليه عنها وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها وأما حصته العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يحصل للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزوج ونحو ذلك من الشهادات والقضاء ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض فان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها سقط عنه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كانت (٩٦) قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان قيمتها ألفا ومهرها ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألفا سقط عنه ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث اه (فرع) رجل قال لآخر أعتق أمتك هذه على ألف درهم على أن تزوجنيها فأعتقها فأبت أن تتزوجه فالعتق واقع من المالك ولا شيء على الآمر لان من قال لآخر أعتق عبدك على ألف درهم علي ففعل لا شيء على الآمر ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما لو قال طلق امرأتك على ألف درهم علي ففعل لزم الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي يجوز في الطلاق دون العتاق اه رازي (قوله بخلاف ما اذا كان ذلك في الطلاق) والفرق أن الاجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج لا غير فكما جاز التزام المرأة المال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان البدل في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له شيء أصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز اه (قوله وقد ذكرها في بعض النسخ) أي نسخ الهداية اه (قوله لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء) لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم تزوجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم يكن مالا لكن أخذت حكم المال لانها متقومة حالة الدخول وايراد العقد عليها اه كمال

ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل ولهما أنه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وكذا المنافع صارت مالا بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى أباه بامة فهلكت قبل القبض أو استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة وعلى هذا لو استأجر دارا الى سنة بعبد فقبضه فهلك عنده ثم انهدمت الدار أو استحقت فانه يرجع عليه بقيمة العبد فكذا هذا لان الاجارة مبادلة مال بمال لان المنافع تصير مالا بورود العقد عليها ولهذا يجوز التزوج على منافع الدار ونحوها وسوى ههنا بين موت المولى والعبد وطعن عيسى وقال هذا غلط يعني فيما اذا مات المولى بل تأخذه ورثته بما بقي على العبد من الخدمة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه فيه بعد موته كما لو أعتقه على ألف درهم واستوفى بعضها ومات ولكن في ظاهر الرواية تقول الناس يتفاوتون في الخدمة وكان الشرط في العقد خدمة المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد قال شمس الائمة السرخسي إن هذا العذر ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهي معروفة بين الناس لا يتفاوتون فيها فلا تفوت بموت المولى ولكن الاصح أن تقول الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا تورث فلا يمكن ابقاء عين المنفعة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمة نفسه أو قيمة المنفعة على حسب اختلافهم وفي قوله لا يتفاوتون فيها نظر فان خدمة الفقراء أسهل من غيرهم وخدمة الشيخ أصعب من خدمة الشاب وقد يكونون كثيرين فخدمة الواحد أسهل من خدمة الجماعة وهذا ظاهر قال رحمه الله (ولو قال أعتقها بالف على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه عتقت مجانا) لان من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم علي لا يلزمه شيء ووقع العتق بخلاف ما اذا كان ذلك في الطلاق وقد حققناه في عتق الجعل وقوله أعتقها بالف على أن تزوجنيها من غير ذكر لفظة علي قبل قوله على أن تزوجنيها وهكذا ذكر في عامة نسخ الهداية وقد ذكرها في بعض النسخ وهو الحق وعليه تدل علة ذلك فانه قال لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز ولا يكون اشتراطا على الاجنبي الا اذا قال علي فيكون الصواب أن يقول اعتق أمتك بالف درهم علي على أن تزوجنيها قال رحمه الله (ولو زاد عني قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها ويجب ما أصاب القيمة فقط) أي لو زاد لفظة عني والمسئلة بحالها بان قال أعتق أمتك عني بالف درهم علي على أن تزوجنيها فأبت أن تتزوجه قسمت الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر سقط لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما تقدم في آخر باب نكاح الرقيق فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا

(قوله ولم يبطل البيع الخ) قال الكمال فان قيل اذا لم يتحقق فساد البيع من جهة جمع ماليس بمال الى ماهو مال فى صفقة واحدة ينبغى أن يفسد لانه ادخال صفقة فى صفقة واذا فسد وجب اما عدم وقوع العتق لانه من جهة الآمر ولم يقبضها او المبيع فى البيع الفاسد لايملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك وإما وجوب كل القيمة للآمور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض فى البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بانه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا فى البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسد به ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه فى كل صفقة فى صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات اه (قوله بل شرائط المقتضى وهو العتق) فلم يبطل بالشرط الفاسد اه رازى (قوله سقط فى الوجه الاول) أى وهو ما اذا لم يقل عنى اه (قوله وهو للمولى فى الوجه الثانى) أى وهو ما اذا قال عنى اه (قوله كان مهر الها فى الوجهين) أى فيما اذا قال عنى أو لم يقل اه

فانقسم عليهما ووجب عليه حصته ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة مالم يسلم له وهو البضع ولم يبطل البيع باشتراط النكاح لانه مقتض لصحة العتق عنه فيكون مندرجا فيه فلا يراعى فيه شرائطه بل شرائط المقتضى وهو العتق فلهذا وجب عليه حصته من الالف المسمى ولو كان فاسدا لوجبت عليه القيمة ولو زوجت نفسها منه فى الوجهين لم يذكره فى الجامع الصغير وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهو للمولى فى الوجه الثانى وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين لانه قابل الالف بالرقبة والبضع فينقسم عليهما فيجب عليه عوض ما سلم له دون غيره ولو أعتق أمته على أن تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العتق ليس بمال فلا يصلح مهرا وعند أبى يوسف يجوز جعل العتق صداقا لانه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها قلنا كان النبى صلى الله عليه وسلم مخصوصا بالنكاح بغير مهر فان أبت أن تتزوجه فعليها قيمتها فى قولهم جميعا وكذا لو أعتقت المرأة عبدا على أن يتزوجها فان فعل فلها مهرها وان أبى فعليه قيمته والله أعلم بالصواب

﴿باب التدبير﴾

قال رحمه الله (هو تعليق العتق بمطلق موته) أى موت المولى هذا فى الشريعة وفى المبسوط التدبير عبارة عن العتق الموقع فى المملوك بعد موت المالك والاول أحسن لان الثانى يرد عليه المدبر المقيد بان قال ان مت فى سفرى أو مرضى هذا أو من مرض كذا ونحو ذلك مما ليس بمطلق واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موت المولى والتدبير مأخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم فى أم الولد فهى معتقة عن دبر منه وفى اللغة التدبير هو النظر فيما يؤل اليه عاقبته ودبر الرجل اذا ولى فكأنه من دبر الحياة أو من التدبير لانه دبر نفسه فيه حيث استخدمه فى حال حياته وتقرب به الى الله تعالى بعد وفاته قال رحمه الله (كاذا مت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت أو عن دبر منى أو مدبر أو دبرتك) أى كقوله اذا مت فأنت حر الخ وهذا تمثيل للتدبير المطلق لانه علق عتقه بمطلق موته فيصير به مدبرا لانه صريح فيه ويوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت فيكون مدبرا مطلقا ولو نوى النهار دون الليل لايكون مدبرا مطلقا لاحتمال أن يموت بالليل وكذا لو قال أعتقتك بعد موتى أو أنت عتيق أو معتق أو محرر بعد موتى الى غير ذلك من ألفاظ العتق وكذا اذا قال ان مت فأنت حر لانه تعليق بالموت وان كان كائنا لامحالة وكذا اذا قال ان حدث بى حدث فأنت حر لان الحدث يراد به الموت عادة وكذا اذا قال أنت حر مع موتى لان اقتران الشئ بالشئ يقتضى وجوده معه فكان اثباتا للعتق فى حال وجود الموت وكذا لو قال فى موتى لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا كقوله أنت طالق فى دخولك الدار وكذا اذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك لانه بمعناه ولا يحتاج

﴿باب التدبير﴾

لما فرغ عن العتق الواقع فى حالة الحياة شرع فى العتق الواقع بعد الموت لان الموت يتلو الحياة والتدبير فى اللغة هو النظر فى عاقبة الامر وكأن المولى لما نظر فى عاقبة أمره وأمر عاقبته أخرج عبده الى الحرية بعده اه اتقانى (قوله والاول أحسن) أى وهو تعريف المصنف رحمه الله (قوله واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موت المولى) وعلى هذا فيكون قول المصنف هو تعليق العتق بمطلق موته تعريفا للتدبير المطلق فقط لا الشامل له وللمقيد كما اقتضته عبارة المبسوط لكن قول الشارح لان الثانى يرد عليه المدبر المقيد لعله يريد به بعض أفراد المقيد فانه سيأتى فى ألفاظ المقيد قوله أنت حر بعد موت فلان مع أنه لا يصدق عليه تعريف المبسوط فانه انما يعتق بعد موت فلان لا بعد موت المالك كما صرح به صاحب المبسوط وقد نقلت عبارته بحروفها فيما سيأتى والحاصل أن تعريف المصنف خاص بالتدبير المطلق وتعريف صاحب المبسوط شامل للمطلق ولبعض أفراد المقيد لا لكل أفراده هذا ما ظهر لكاتبه والله الموفق (قوله أو عن دبر منى) قال فى المصباح الدبر بضمتين وسكون الباء تخفيف خلاف القبل من كل شئ ومنه يقال لآخر الامر دبر وأصله ما أدبر عنه الانسان ومنه دبر الرجل عبده تدبيرا اذا أعتقه بعد موته وأعتق عبده عن دبر أى بعد دبر والدبر الفرج والجمع أدبار ولاه دبره كناية عن الهزيمة وأدبر اذا ولى أى صار ذا دبر اه

(قوله بان قال أوصيت لك برقبتك) قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله فى شرح القدورى وقد قالوا لو أوصى لعبده بسهم من ماله انه يعتق بعد موته ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق رواه بشر عن أبى يوسف والفرق بينهما أن السهم عبارة عن السدس فاذا أوصى له بسدس ماله دخل سدس رقبته فى الوصية فاستحق عتق جزء منها وهو معلق بالموت فكان مدبرا واذا أوصى بجزء فالخيار الى الورثة ولهم أن يعينوا ذلك فيما شاؤا فلم تتضمن الوصية الرقبة على كل حال فلم يكن مدبرا اه (قوله فى المتن فلا يباع ولا يوهب) قال فى الهداية

الى النية فى هذه الالفاظ لانها صرائح فيه وتكون مطلقة لعدم تقييده على صفة خ' صله أن ألفاظه ثلاثة أنواع أحدها أن يصرح بالتدبير بان يقول دبرتك أو يضيف الحرية الى ما بعد موته كقوله أنت حر بعد موتى أو نحو ذلك وروى هشام عن محمد أنه اذا قال أنت مدبر بعد موتى يصير مدبرا للحال لان المدبر اسم لمن يعتق عليه بعد موته فصار كقوله أنت حر بعد موتى والثانى أن يكون بلفظ التعليق كقوله ان مت فأنت حر ونحوه من القران بالموت أو التعليق به والثالث أن يكون بلفظ الوصية بان قال أوصيت لك برقبتك أو بعتقك لان العبد لا يملك نفسه فكانت الوصية له وصية بالعتق وكذا لو أوصى له بثلث ماله لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته وهو تمليك بعد الموت وتمليك العبد من نفسه اعتاق لانه لا يملك نفسه فصار كأنه قال أنت حر بعد موتى قال رحمه الله (فلا يباع ولا يوهب) وقال الشافعى رحمه الله تعالى يجوز بيعه وغيره من التصرفات لما روى عن جابر أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فأخذه النبى صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه منى فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه اليه متفق عليه وفيما رواه النسائى كان عليه دين فباعه النبى صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال له اقض دينك وأنفق على عيالك ولان التدبير تعليق العتق بالشرط ولا أثر له فى المحل قبل وجود الشرط فلا يمنع جواز التمليك كما لو علقه بغيره من الشروط وكالمدبر المقيد ولان التدبير وصية حتى يصح بلفظ الوصية ويعتبر من الثلث والوصية لا تمنع الموصى من التصرف ولنا ما رواه ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث احتج به الطحاوى وغيره من الائمة وروى أبو الوليد الباجى أن عمر رضى الله عنه رد بيع المدبر فى ملا خير القرون وهم حضور متوافرون وهو اجماع منهم أن بيع المدبر لا يجوز ولانه وجد فيه سبب العتق وقد تعلق بمطلق موت المولى فلا يجوز بيعه كام الولد وهذا لانه يعتق بعد الموت بهذا الكلام لا بكلام آخر فجعله سببا للحال أولى من جعله سببا بعد الموت لقيام الاهلية فى الحال وزوالها بعد الموت ولا يقال انها موجودة حكما بعد الموت كما قلنا فى رجل علق طلاق امرأته بالشرط فوجد الشرط وهو مجنون لانا نقول الشئ انما يعتبر موجودا حكما اذا أمكن وجوده حقيقة ولا امكان هنا لاستحالة وجود الفعل من الميت ولان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع بموته ومتى حكم بموته استحال أن يحكم بحياته لافضائه الى التناقض بخلاف ما اذا جن لانه أهل للتصرف فى الجملة ألا ترى أنه يعتق عليه قريبه بالملك ويمكن وجود الشرط وهو أهل أيضا فأمكن اعتباره حكما بخلاف ما نحن فيه لانه لا يمكن جعله سببا بعد الموت لانه حال زوال الاهلية فكان سببا فى الحال وأخرنا الحكم مع انعقاد السبب كما فى البيع بشرط الخيار وهذا هو القياس فى سائر التعليقات الا أنه وجد المانع من السببية وهو انعقاده يمينا واليمين تصرف آخر يمنع الحكم لانه يعقد للمنع من مباشرة الشرط والمانع من الشرط مانع من الحكم المتعلق به فيضاد وقوع الجزاء وضد الشئ لا يكون سببا له لان أدنى درجات السبب أن يكون مفضيا الى المسبب فما ظنك اذا كان منافيا له وانما يكون سببا اذا انتقض اليمين بالحنث وأمكن جعله سببا فى ذلك الوقت لبقاء أهلية التصرف وههنا لم ينعقد تصرفا آخر فى الحال فبقى سببا فى الحال فلا يجوز ابطاله لانه تعلق به حق العبد وهذا لان حقيقة الحرية لا تقبل الابطال فكذا حق الحرية وسببها كالاستيلاد ولانه وصية اثبات الخلافة فى ملكه للموصى له مقدما على الوارث فاعتبر سببا فى الحال لاثبات الخلافة كالقرابة وما رواه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به لانه يحتمل أنه كان مدبرا مقيدا ويحتمل أنه باع منفعته بان آجره والاجارة تسمى بيعا

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة اه (اعلم) أن المدبر المقيد يجوز بيعه بالاتفاق أما المدبر المطلق فلا يجوز بيعه عندنا وهو مذهب مالك فى الموطا ومذهب سفيان الثورى والاوزاعى كذلك اه اتقانى (قوله وقال الشافعى يجوز بيعه) وهو مذهب أحمد بن ابن حنبل واسحق اه اتقانى (قوله ان رجلا أعتق غلاما) واسمه يعقوب اه (قوله فاشتراه نعيم بن عبد الله) ابن النحام بثمانمائة وفى بعض الروايات بسبعمائة أو تسعمائة اه اتقانى (قوله كما لو علقه بغيره من الشروط) كدخول الدار ومجىء رأس الشهر اه (قوله حتى يصح بلفظ الوصية الخ) وسائر الوصايا ليست بلازمة حتى يجوز الرجوع عنها صريحا أو دلالة فكذا هذه الوصية يجوز الرجوع عنها اه اتقانى (قوله فكان سببا فى الحال) قال الشيخ قوام الدين رحمه الله وهذا هو المذهب عند أصحابنا وما قاله صاحب الهداية قبيل باب عتق أحد العبدين بقوله وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت فذلك تناقض منه لا محالة اه وكتب ما نصه بخلاف التدبير المقيد فانه لم يجعل سببا فى الحال بلغة لانه تردد فى كونه سببا لانه ربما لا يموت من ذلك الوجه فاذا مات حينئذ يجعل سببا فى اخر جزء من أجزاء حياته اه اتقانى (قوله ويحتمل أنه باع منفعته) يعنى لا رقبته توفيقا بين حديثنا وحديثه اه اتقانى

(قوله و يحتمل أتباعه) أى فى ابتداء الاسلام اه اتقانى (قوله ولا يملك المولى الرجوع عنه بالقول) ولا يرتد بالرد اه اتقانى بخلاف سائر الوصايا فانها يشترط فيها القبول بعد الموت وترتد بالرد فلم يصح القياس اه اتقانى (قوله فى المتن و يباع لو قال ان مت من سفرى الخ) قال الكمال قوله ومن المقيد أى ومن التدبير المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين فأنت حر فان مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة أو العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات فى رأس السنة يعتق لان الغاية لولاها تناول الكلام مابعدها لانه تخبز فيه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط اه قال فى المبسوط ولو قال ان حدث بى حدث فى مرضى أو سفرى هذا فأنت حر لم يكن مدبرا وله أن يبيعه لانه علق بما ليس بكائن لا محالة فربما يرجع من ذلك السفر و يبرأ من ذلك المرض وفقه هذا الكلام أنا انما أوجب حق الحرية بالتدبير فى الحال بناء على قصده القربة بطريق الخلافة وهذا القصد منه ينعدم اذا علق بموته بصفة لان القصد الى القربة لا يختلف من ذلك المرض ومن غيره فلانعدام هذا القصد لم يكن مدبرا بخلاف ما اذا علقه بمطلق الموت فان القصد الى ايجاب القربة متحقق هناك حين علقه بما هو كائن لا محالة ولكن ان مات كما قال عتق من ثلثه لان التعليق بالشرط صحيح مع انعدام القصد الى ايجاب القربة واذا وجد الشرط عتق من ثلثه وان برأ من مرضه أو رجع من سفره ثم مات لم يعتق لان الشرط الذى علق به العتق قد انعدم فاذا قال أنت حر بعد موت فلان لم يكن مدبرا لان موت فلان ليس بسبب الخلافة فى حق هذا المولى و وجوب حق العتق باعتبار معنى الخلافة فاذا لم يوجد ذلك لم يكن مدبرا والى هذا أشار فقال (٩٩) ألا ترى أن فلانا لو مات والمولى حى عتق العبد ولا خلافة قبل موته ولو مات المولى وذلك الرجل حى صار العبد ميراثا لورثته فكيف يكون مدبرا وتجرى فيه سهام الورثة اه فقوله فاذا قال أنت حر بعد موت فلان لم يكن مدبرا اه قال الفقيه أبو الليث فى خزانته خمسة ألفاظ يصير بها العبد مدبرا مقيدا و يجوز بيعه قوله ان مت من سفرى هذا فأنت حر ان مت من مرضى هذا فأنت حر أنت حر قبل موتى بشهر أنت حر قبل موت فلان بشهر ان مات فلان فأنت حر اه وهو كما ترى صريح فى ان قوله ان مات فلان من التدبير المقيد ومعناه ومعنى قوله أنت حر بعد موت فلان واحد فلا ريب يكون قوله أنت حر بعد موت فلان من التدبير المقيد والحاصل أن التدبير المطلق هو الذى يعلقه المولى بمطلق موته والتدبير المقيد هو الذى يعلقه المولى بموت نفسه على صفة كان مت فى سفرى هذا أو مرضى هذا أو بموت غيره كانت حر قبل موت فلان بشهر أو ان مات فلان فأنت حر أو أنت حر بعد موت فلان هذا ما ظهر لكاتبه و بالله المستعان اه قال الحدادى رحمه الله فى الجوهرة وان قال أنت حر قبل موتى بشهر فليس بمدبر فاذا مضى شهر قبل موته وهو فى ملكه فهو مدبر عند أبى حنيفة وعندهما ليس بمدبر لانه لم يعلق الحرية بالموت على الاطلاق وان مات قبل مضى الشهر لا يعتق اجماعا اه وقوله فليس بمدبر أى فليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد حتى يجوز بيعه وقوله فاذا مضى شهر قبل موته وهو فى ملكه فهو مدبر عند أبى حنيفة يريد فهو مدبر مطلق عنده ومقيد عندهما فيجوز بيعه على قولهما يدل على ما قلنا قوله فى دليلهما لانه لم يعلق الحرية بالموت على الاطلاق فهذا كما ترى ينفى أن يكون مدبرا مطلقا ولا ينفى أصل التدبير و يقتضى أن يكون مدبرا مطلقا عند الامام فتنبه لذلك والله الموفق قال قاضيخان رحمه الله قبيل باب الوصى مانصه وقيل الرجوع فى الوصية على أربعة أوجه منها ما يكون رجوعا بالقول والفعل جميعا نحو أن يوصى لرجل بشئ ثم قال رجعت كان رجوعا وكذا لو أوصى بعين ثم أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه بطلت الوصية حتى لو عاد اليه بعد ذلك فى حياته لا تكون وصية ومنها ما يكون رجوعا بالقول ولا يكون رجوعا بالفعل نحو أن يوصى بثلث ماله ثم قال رجعت صح رجوعه ولا يكون رجوعا بغير ذلك ومنها ما يكون رجوعا بالفعل ولا يكون رجوعا بالقول نحو أن يقول لعبده ان مت من مرضى هذا فأنت حر فهو مدبر مقيد لو قال رجعت عن ذلك لا يصح ولو باع العبد جاز بيعه و يبطل الوصية ومنها ما لا يكون رجوعا

بلغه أهل المدينة لان فيها بيع المنفعة يؤيده ما رواه جابر أنه عليه الصلاة والسلام باع خدمة المدبر ذكره أبو الوليد المالكى رحمه الله و يحتمل أنه باعه فى وقت كان يباع الحر بالدين كما روى انه عليه الصلاة والسلام باع حرا بدينه ثم نسخ بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره فى الناسخ والمنسوخ ولا نسلم أن التدبير وصية محضة بل انعقد السبب فيه للحال على ما بينا ولهذا لا يبطل التدبير بقتل المدبر سيده ولا يملك المولى الرجوع عنه بالقول ولو كان التدبير وصية محضة لبطل ولملك الرجوع قال رحمه الله (و يستخدم و يؤجر و يوطأ و تنكح) أى يستخدم المدبر و يؤجر الناس و يطأ المولى الامة المدبرة و يزوجها من انسان لان ملكه ثابت فيه ولهذا دخل تحت قوله كل مملوك لى حر و بالملك تستفاد ولاية هذه التصرفات وهى لا تبطل حق المدبر فى نفسه بخلاف البيع ونحوه فانها تبطل حقه فيه فلا يملك وليس له أن يرهنه لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المالية بطريق البيع وهو ليس محلا للبيع كأم الولد قال رحمه الله (و بموته يعتق من ثلثه) أى بموت المولى يعتق من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت فينفذ من الثلث قال رحمه الله (وسعى فى ثلثيه لو فقيرا وكله لو مديونا) يعنى سعى فى ثلثى قيمته اذا كان المولى فقيرا ولم يكن له مال غيره وسعى فى جميع قيمته اذا كان عليه دين يستغرق ماله لما ذكرنا أنه وصية ومحل نفاذه الثلث ولم يسلم للموصى له شئ الا اذا سلم للورثة ضعفه والدين مقدم على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته قال رحمه الله (و يباع لو قال ان مت من سفرى أو مرضى أو الى عشر

لا بالقول ولا بالفعل نحو أن يدبر عبده تدبيرا مطلقا لا يمكنه أن يرجع عنه لا قولا ولا فعلا اهـ (قوله لان الصفة الخ) هذا التعليل ظاهر في قوله ان مت من سفري أو مرضي أو الى عشر سنين لا في قوله أنت حر بعد موت فلان فتأمل اهـ (قوله والمختار هو الاول) أخذه من الاختيار اهـ (قوله لانه اذا كان في الغالب لا يعيش اليه صار كالكائن الخ) قال في الهداية ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال ان مت الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب لانه كالكائن لا محالة قال الاتقاني وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله لو أن رجلا قال لعبده أنت حر ان مت الى مائة سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد وله أن يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم أنه لا يعيش الى تلك المدة فصار كأنه قال ان مت فأنت حر قال الفقيه وهذا الاختلاف بمنزلة الاختلاف الذي قالوا في رجل تزوج امرأة الى مائتي سنة قال الحسن جاز النكاح لانهما لا يعيشان الى ذلك الوقت وفي قول علمائنا الثلاثة لا يجوز النكاح الى هنا (١٠٠) لفظ النوازل وقد ذكرنا في كتاب النكاح رواية المجرد عن أبي حنيفة قبيل باب الاولياء والاكفاء قال اذا ذكر امدة لا يعيش الى مثلها جاز النكاح ويلغو ذكر المدة واختار الولوالجي في فتاواه ما ذهب اليه أبو يوسف حيث قال رجل قال لعبده أنت حر ان مت الى مائتي سنة ثم باعه جاز بيعه لانه مدبر مقيد لانه يتصور أن لا يموت الى مائتي سنة وكذا لو تزوج امرأة الى مائة سنة لا يجوز النكاح لانه موقت لانه يتصور أن يعيش أكثر من مائة سنة اهـ وقال الكمال قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب لانه كالكائن لا محالة فيكون مدبرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال قاضيخان على قول أصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تأبيد معنى وهو كالخلاف في النكاح المؤقت اذا سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا من صح النكاح عند الحسن لانه تأبيد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح والمصنف كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير اهـ ما قاله الكمال (قوله ما لم يعتق) أي تعتقه الورثة اهـ (قوله قلنا) أي قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول أبي حنيفة يستند العتق الى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته اهـ فتح

سنين أو عشرين سنة أو أنت حر بعد موت فلان ويعتق ان وجد الشرط) يعني ان علق التدبير بموته على صفة بأن قال ان مت في سفري أو مرضي الخ يجوز بيعه لانه ليس بمدبر مطلق ويعتق ان مات المولى على تلك الصفة لوجود الشرط وهذا لان الموت على تلك الصفة ليس كائنا لا محالة فلم ينعقد سببا في الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي تعليقا كسائر التعليقات فلم يمنع البيع بخلاف المدبر المطلق لان عتقه معلق بمطلق موته وهو كائن لا محالة فاذا عتق بوجود الشرط عتق كما يعتق المدبر أعني من ثلث ماله لان الصفة لما صارت متيقنة في آخر جزء من أجزاء حياته أخذ حكم المدبر المطلق لزوال التردد ولو وقته بمدة لا يعيش مثله اليها بأن قال ان مت الى مائة سنة فأنت حر ومثله لا يعيش الى مائة سنة فهو مدبر مطلق عند الحسن بن زياد وقال أبو يوسف ليس بمطلق لان العبرة للتوقيت ولا ينظر الى طول المدة أو قصرها كما في التوقيت في النكاح والمختار هو الاول لانه اذا كان في الغالب لا يعيش اليه صار كالكائن لا محالة ومن المقيد أن يقول اذا مت وغسلت فأنت حر لانه علقه بالموت وشيء آخر بعده وان مات ففي القياس أن لا يعتق ما لم يعتق وان غسل لانه لما لم يعتق بنفس الموت انتقل الى الوارث فصار كقوله ان مت ودخلت الدار فأنت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل أن يتقرر ملك الوارث فيه فصار نظير تعليقه بموته على صفة بخلاف زيادة دخول الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه قبله ومن المقيد أن يقول أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم ومضى الشهر أو اليوم فهو مقيد حتى يملك بيعه وقال زفر لا يملك لانه مطلق للتيقن به قلنا احتمل موته قبل الشهر كان قائما وقت اليمين فصار مقيدا فلا يتغير بعد ذلك بمضي الشهر أو اليوم ولان المدبر هو الذي يعتق بموت مولاه وهذا يعتق قبله فلا يكون مدبرا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب اذا قال لعبده اذا مت أو قتلت فأنت حر فعند زفر يكون مدبرا لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على أي وجه كان وعلى قول أبي يوسف لا يكون مدبرا لان عتقه علقه بأحد الشيئين الموت أو القتل فلم يكن عزيمة في أحدهما فلم يكن مدبرا والله أعلم بالصواب

﴿باب الاستيلاد﴾

وهو طلب الولد لغة وفي الشرع طلب الولد من الامة وأم الولد للامة المستولدة وهو من الاسماء التي خرج بها

﴿باب الاستيلاد﴾

(اعلم) أن مناسبة باب الاستيلاد بباب التدبير ظاهرة وهي أن في كل منهما استحقاق العتق في الحال وحقيقته بعد الموت ولما كان التدبير

من العموم الى الخصوص كالتيمم والحج فانه اسم لمطلق القصد لغة وقد صار فى العرف لقصد مخصوص ونظيره البيت والكعبة والنجم والربا قال رحمه الله (ولدت أمة من السيد لم تملك) أى اذا ولدت أمة من مولاها لا يجوز تمليكها لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال من وطئ أمة فولدت له فهى معتقة عن دبر منه رواه أحمد وابن ماجه وعنه رضى الله عنه ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطنى وعن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الاولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع منها السيد مادام حيا فاذا مات فهى حرة رواه الدارقطنى ورواه مالك فى الموطا ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف فى موضعه الا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت فى حقهم لا فى حقهن حتى لو ملكت الحرة زوجها بعد ما ولدت منه جاز لها بيعه ولا يعتق بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية فى الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ اذا أمكن تكميله اذ هو فرع النسب فيعتبر بأصله وقال بشر وداود الظاهرى يجوز بيعها ولا تعتق بموت المولى وروى عن على رضى الله عنه انه كان يجوز بيع أمهات الاولاد ثم رجع الى قول الجماعة وحكى عن أبى سعيد البردعى شيخ الكرخى أنه خرج حاجا بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلاة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله

أنسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب الشرع بخلاف الاستيلاد فانه بايجاب اللفظ والاستيلاد مصدر استولد أى طلب الولد وهو عام أريد به خصوص وهو طلب ولد أمته أى استلحاقه أى باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة فى الام اه من شرح الاتقانى والكمال رحمهما الله (قوله الاستيلاد) قال الكمال أصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفى عرف الفقهاء أخص من ذلك وهى الامة التى ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها اه قال الاتقانى اعلم أن الاستيلاد طلب الولد لغة وأم الولد من الاسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الاسم كالنجم للثريا والصعق لخالد بن نفيل بن عمرو بن كلاب وهذا فى الاصل اسم لمن أصابته الصاعقة ثم غلب عليه وفى اصطلاح أهل الشرع أم الولد كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها أو مالك لبعضها وذلك أن الاستيلاد تابع لثبات النسب فاذا ثبت النسب ثبت الاستيلاد اه (قوله ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة) قال الكمال واليه أشار عمر رضى الله عنه فيما رواه محمد بن قارب قال اشترى ابنى أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر رضى الله عنه بردها وقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن اه (قوله بواسطة الولد) أى بحيث يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا ولهذا ثبتت حرمة المصاهرة فصارت أصوله وفروعه كأصولها وفروعها وبالعكس فلما كان الولد مضافا الى الواطئ صارت الجارية أيضا مضافة اليه بواسطة ولده المضاف اليه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أعتقها ولدها أى صار الولد معتقا لها بنسبه اه اتقانى وأما حكم الاستيلاد فانه لا يجوز بيعها ولا اخراجها (١٠١) من ملكه بوجه من الوجوه ويجوز اعتاقها وتدبيرها وكتابتها ووطؤها واستخدامها قاله الاتقانى قال الكمال واذا ثبت قوله أعتقها ولدها وهو متأخر الى الموت اجماعا وجب تأويله على مجاز الاول فثبت فى الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها اه (قوله على ما عرف فى موضعه) أى فى باب حرمة المصاهرة اه (قوله فضعف السبب) أعنى سبب العتق وهو الجزئية بينهما اه اتقانى (قوله فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت) أى ولم يثبت فى الحال ولم يجز بيعها فى الحال وان لم يثبت العتق فى الحال لانها استحقت الحرية فلو جاز بيعها لبطل استحقاقها اه اتقانى (قوله وبقاء الجزئية الخ) جواب سؤال مقدر بأن يقال لو كانت الجزئية حكما بواسطة الولد بين الواطئ والموطوءة اه (قوله فكذا الحرية) بالحاء وفى بعض النسخ الجزئية والحرية بالحاء أصح لان الجزئية كما تثبت فى حقهم كذلك تثبت فى حقهن بل فى حقهن أولى لان الولد يقرض منهن بالمقراض وقد ذكر فى الكتاب تثبت فى حقهم لا فى حقهن والمعنى على تقدير الحاء تثبت حرية النساء فى حق الرجال ولا تثبت حرية الرجال فى حق النساء كما دل عليه ما ذكر فى الايضاح وعلى تقدير الجيم معناه لان الجزئية المؤكدة بالنسب فى حقهم لا فى حقهن اذ النسب الى الآباء اه معراج (قوله وبثبوت عتق مؤجل) يعنى قد ثبت عما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها فى الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل أن يقول ثبوت العتق المؤجل الى أجل معلوم ثابت فى قوله اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع فله أن يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها فى الحال بل عند حلول الاجل فالحق أن استحقاقها فى الحال العتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التى أشار اليها عمر رضى الله عنه اه فتح (قوله لا يتجزأ اذا أمكن تكميله) كما فى القنية اه (قوله وقال بشر) الذى فى فتح القدير بشر المريسى والذى فى غاية البيان بشر بن غياث وهما شخص واحد لا شخصان كما يظن وبشر بن غياث المريسى هذا من أصحاب أبى يوسف خاصة وله تصانيف وروايات كثيرة عن أبى يوسف وكان معتزليا ورغب الناس فى ذلك الزمان وكان أبو يوسف يذمه اه (قوله أبى سعيد البردعى) تفقه على أبى على الدقاق وعلى بن موسى

ابن نصير قال عبد القادر في طبقاته في كتاب الانساب البردعي بفتح الباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفي آخرها العين نسبة الى بردعة قرية بأقصى أذربيجان كذا قيده السمعاني والذهبي وذكر الذهبي ان بعضهم يعجم الذال نسبة الى أبي سعيد البردعي اسمه أحمد ابن الحسين تقدم قلت والبرذعي بذال (١٠٢) معجمة نسبة الى برذعة الدابة وهي نسبة الحسن بن صفوان صاحب ابن أبي الدنيا اهـ

حنفي عن بيع أم الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها كان جائزا قبل العلوق بالاجماع نحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين لا يزول الا بيقين مثله فتحير الحنفي فانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال أبو سعيد أجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق فان في بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داود وانقطع فلما رأى وهنه ووهن أصحابه في الفقه ترك الخروج الى الحج وجلس للتدريس فاجتمع أصحاب داود عند أبي سعيد وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الارض فما لبث ساعة أن قرع انسان بابه وأخبره بموت داود فاستقر أمره بعد ذلك قال رحمه الله (ويوطأ ويستخدم وتؤجر وتزوج) لبقاء ملكه وولايه هذا التصرف تستفاد به فصارت كالمدبر ولا يثبت نسب ولدها في أول مرة الا أن يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسب ولدها اذا اعترف بالوطء وان عزل عنها الا أن يدعي انه استبرأها بعد وطئها بحيضة لانه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وأنه أقوى افضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود ما يمنع من الولد وهو سقوط تقومها أو نقصان قيمتها أو الاستنقاص بأولاد الامة عادة أو خساسة المحل فان النفوس الابية تستنكف عن وطئهن فضلا عن طلب الولد منهن وانما يتفق ذلك لبعض الناس لغلبة الشهوة والقياس على النكاح ممتنع لان المقصود من النكاح التوالد ولهذا يثبت نسبه منه وان لم يطأها لوجود الفراش القوي ولهذا لا ينفرد بالعزل والاستبراء بحيضة لا يفيد لان الحامل تحيض عنده وأي فائدة في اشتراطه وروى الطحاوي باسناده عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان له جارية يطؤها فحملت فقال ليس مني اني أتيتها اتيانا لا أريد به الولد وعن عمر انه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه ولو اعترف بالحمل فان جاءت به لستة أشهر ثبت نسبه منه للتيقن بوجوده وقت الاقرار ولا فرق في ذلك بين أن يكون حيا أو ميتا بعد ما استبان خلقه وان جاءت به لاكثر لم يثبت قال رحمه الله (فان ولدت بعده ثبت بلا دعوة بخلاف الاول) أي اذا ولدت ولدا بعد الولد الاول ثبت نسبه بلا دعوة منه لانه لما ادعى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا له وقال عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وصارت كالمنكوحة ولهذا لو أعتقها المولى أو مات عنها يجب عليها العدة بثلاث حيض هذا اذا لم تحرم عليه أما اذا حرمت عليه بوطء أمها ونحوه لم يثبت الا بالدعوة لانقطاع الفراش قال رحمه الله (وانتفى بنفيه) أي انتفى نسب ولد أم الولد بعد ما اعترف بالاول بمجرد نفيه من غير لعان لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان لتأكد الفراش ألا ترى أنه لا يملك ابطاله بالتزويج وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط فقال انما يملك نفيه ما لم يقض القاضي به أو لم يتطاول ذلك فأما اذا قضى القاضي به فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذا بعد التطاول لانه وجد منه دليل الاقرار من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار ومدة التطاول ما ذكرنا في باب اللعان على اختلافهم ولو أعتقها ثم جاءت بولد الى سنتين لزمه ولا ينتفي بنفيه لان فراشها قد تأكد بالحرية ولهذا لا يملك نقله بالتزويج وليس له أن يتزوج أختها عند أبي حنيفة رحمه الله ما دامت في العدة وعلى هذا لو مات فجاءت بولد لاقل من سنتين ثبت ولزم لما قلنا ثم اعلم أنه لا يلزمه أن يقر بنسب ولد الجارية في الحكم لما ذكرنا وأما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يقر به ويدعي أنه منه لان الظاهر أنه منه لانتفاء الزنا لا سيما عند التحصين

(قوله فنحن على هذا حتى ينعقد اجماع آخر فانقطع داود) وكان له أن يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى أن يثبت المزيل قاله الكمال رحمه الله (قوله وتزوج لبقاء ملكه الخ) ولا ينبغي أن يزوجها حتى يستبرئها بحيضة وهذا الاستبراء ليس بواجب بل مستحب كاستبراء البائع ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد اهـ بدائع (قوله ولنا أن وطء الامة الخ) قال الاتقاني ولنا ان وطء الامة قد يقصد به الولد وقد يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عن طلب الولد لانه اذا استولدها يسقط عنها التقوم عند أبي حنيفة وتنتقص قيمتها عندهما فلما كان وطء الامة محتملا لم يكن مجرد الوطء دليلا على الفراش فلم يثبت النسب بلا دعوة لمجرد ملك اليمين اهـ (قوله وهو سقوط تقومها) أي عند أبي حنيفة اهـ (قوله أو نقصان قيمتها) أي عند صاحبيه لان قيمتها ثلث قيمة القن لزوال منفعة السعاية والبيع وبقاء منفعة الوطء اهـ (قوله في المتن فان ولدت بعده ثبت بلا دعوة) أي اعتراف منه قال في الظهيرية وان أنكر وهو المولى الولادة فشهدت عليها امرأة جاز ذلك ويثبت النسب وتصير الجارية أم ولد له اهـ (قوله تعين الولد مقصودا) أي ولم يبق احتمال قضاء الشهوة اهـ اتقاني (قوله لان الظاهر أنه منه لانتفاء الزنا) لان الظاهر من حال المسلمة أن لا يكون ولدها من الزنا اهـ اتقاني (قوله لا سيما عند التحصين) قال الاتقاني والمراد من التحصين أن يمنعها من الخروج والبروز وعن مظان الريبة والعزل أن يطأها ولا ينزل في موضع

الجامعة أما اذا وطئها وعزل أو وطئها ولم يعزل لكن لم يحصنها جاز للمولى نفي الولد لتعارض الظاهرين وذلك أن عدم الزنا وإن كان ظاهرا فالعزل أو عدم التحصين أيضا دليل على ان الولد من الزنا فوقع الشك والاحتمال في كون الولد من المولى فلم تلزمه الدعوة بالشك والاحتمال اهـ (قوله ولكن ينبغي له أن يعتق الولد) يعني لئلا يسترقه بالشك اهـ (قوله ولا يلزمها السعاية لغريم الخ) أي ولو كان السيد مديونا مستغرقا اهـ فتح (قوله ولا لوارث لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها اهـ (قوله كالقصاص) يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون أخذ من عليه القصاص بدينهم لاستيفاء (١٠٣) ديونهم اهـ (قوله في المتن ولو أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها) قال الرازي وهذه السعاية انما تجب نظرا الى اعتقاد الذمي لانه مال عنده كالخمر اهـ وهي أي أم ولد النصراني اذا أسلمت بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية اهـ هداية قال الكمال وقال زفر تعتق للحال أي لحال إباء مولاها الاسلام والسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة فان أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعدها اهـ وكتب على قوله سعت في قيمتها ما نصه وهي ثلثا قيمتها قنة اهـ (قوله وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام) فان أسلم تبقى على حالها اهـ (قوله وذلك بالبيع أو العتق) الذي في الكافي وتبعه فيه الرازي في شرحه وذا بالبيع أو الاعتاق وعدل الشارح عن لفظ الاعتاق الى العتق وهو ظاهر اهـ (قوله ولنا أنه تعذر ابقاؤها في ملك المولى ويده) يعني بعد اسلامها واصراره على الكفر اهـ رازي (قوله كان) جواب قوله فلو قلنا اهـ (قوله لانه بمنزلة ازالتها عن ملكه بلا بدل) فلهذا لا تعتق ما لم تؤد السعاية وهذا اشكال لهما على أبي حنيفة في تقوم أم الولد حيث وجبت السعاية وملك المتعة في هذه الحالة تزال بلا بدل كما لو أسلمت امرأته وأبى أن يسلم والعذر له أن الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرزها كذلك لانه يعتقد جواز بيعها وانما يبنى الحكم في حقهم على اعتقادهم كما في مالية الخمر ولان ملكه فيها محترم وان لم يكن مالا متقوما وقد احتبس عندهم المعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله اهـ كافي (قوله ولان الذمي يعتقد ماليتها) أي حتى يعتقد جواز بيعها اهـ

وهو عبارة عن حفظها عما يوجب ريبة الزنا وعند عدم العزل وقد ولدته في ملكه والبناء على الظاهر فيما لا يعلم حقيقته واجب وأما اذا لم يحصنها أو عزل عنها فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز له نفيه لان الظاهر وان كان عدم الزنا يعارضه ظاهر آخر وهو العزل أو عدم التحصين وعن أبي يوسف أنه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها حملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين له خلاف ذلك لان ما يظهر عقيب سبب يحال عليه حتى يتبين خلافه وفي الايضاح ذكر قول أبي يوسف بلفظ الاستحباب وفي المبسوط بلفظ الوجوب وعن محمد رحمه الله لا ينبغي له أن يدعي نسبه اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بالام ثم يعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وهو مستحب عنده قال رحمه الله (وعتقت بموته من كل ماله ولم تسع لغريم) أي عتقت بموت المولى من جميع ماله ولا يلزمها السعاية لغريم ولا لوارث لما روينا وبينا من المعنى ولان الاستيلاد من حوائجه الاصلية لما أن قوامه بالنسل معنى كما أن قوامه بالاكل حقيقة وحاجته مقدم على حق الغرماء والورثة كحاجته الى التجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه ليس من أصول حوائجه ولانها لا تتقوم عند أبي حنيفة رضي الله عنه وحق الغرماء لا يتعلق بما لا يتقوم كالقصاص حتى اذا قتل المديون ووجب القصاص بقتله أو قتل له ولي ووجب له القصاص على القاتل ثم مات المديون قبل أن يقتله أو قتل هو رجلا فوجب عليه القصاص فلاوليائه أن يقتلوا القاتل أو يعفوا عنه بغير شيء وكذا لاولياء المقتول أن يقتلوا الغريم وان أدى الى بطلان حقهم في هذا كله قال رحمه الله (ولو أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها) وقد بينا أنها تكون مكاتبة فلا تؤدي السعاية الى الاضرار بالمولى وقال زفر رحمه الله تعتق للحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فأبى له أن في استدامة الملك عليها اذلالا وازالة ذل الكافر عن المسلم واجب وذلك بالبيع أو العتق وقد تعذر الاول فتعين الثاني ولنا أنه تعذر ابقاؤها في ملك المولى ويده وتعذر ازالة ملك الذمي مجانا لان ملكه محترم فيخرج الى الحرية بالسعاية كما في معتق البعض نظرا للجانبين وهذا لان الذل في الاستخدام قهرا بملك اليمين وذا يزول بالاستسعاء لانها تخرج عن يده وتكون حرة يدا وأحق بمكاسبها ونفسها ودفع الضرر عن الذمي واجب أيضا فلو قلنا بزوال ملكه في الحال ببدل في ذمة مفلسة والمال في ذمة المفلس كالتاوي بل هو تاو ولانها تتوانى ولا تنشط على الاكتساب بعد حصول الحرية لحصول مقصودها بخلاف ما اذا لم تعتق لانها تنشط وتجهد على تحصيل المال لنيل شرف الحرية فكان ضررا عليه لانه بمنزلة ازالتها عن ملكه بلا بدل ولا يقال هي غير متقومة عند أبي حنيفة رضي الله عنه فكيف يجب عليها السعاية لانا نقول وجوب السعاية لا يشترط فيه التقوم ألا ترى أن القصاص لا يتقوم ومع هذا لو عفا بعض الاولياء انقلب نصيب الباقين مالا للتعذر ودفع الضرر عنهم ولانها تكاتب عليه وكتابة أم الولد جائزة لتعجيل عتقها قبل موت سيدها ولان الذمي يعتقد ماليتها فيترك على ما يعتقد على ما بينا من قبل ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها أم ولده ولو عجزت لا ترد الى ما كانت لانها لو ردت لاعيدت مكاتبة لقيام الموجب ما لم يسلم مولاها والمدبر في هذا كأم الولد حتى اذا أسلم

مدبر النصراني يسعى في قيمته لما ذكرنا في أم الولد قال رحمه الله (وان ولدت بنكاح فملكها فهي أم ولده) أي اذا تزوج أمة فولدت له ثم ملكها صارت أم ولده وقال الشافعي رحمه الله لا تصير أم ولده ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت أم ولده عندنا وله فيها قولان له قوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه شرط لثبوت العتق لها أن تكون الولادة من سيدها وهذه ولدت من زوجها الا من سيدها ولانها علقت برقيق فلا تكون أم ولده كما لو علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان ثبوت أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا والجزئية تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بينهما بواسطة انتساب الولد اليهما بخلاف ولد الزنا فانه لا نسبة له الى الزاني نظيره من اشترى أخاه من أبيه أو عمه من الزنا حيث لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الاب أو الجد وهي غير ثابتة وانما يعتق عليه ولده من الزنا بالملك لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة بخلاف العتق والتدبير قبل الملك فان ذلك لغو شرعا اذ لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فلا يظهر حكمه بعد الملك وهذا النسب متقرر شرعا ولا معتبر بما ذكر من جزئية الجنين لانه لو أعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال به لثبت ولا حجة له بما روى لانه لا نص فيه على ان العلوق وجد في ملكه وهو نظير ملك القريب فانه لا يشترط لعتقه أن يكون حادثا في ملكه وفيما اذا ولدت بالزنا خلاف زفر وهو القياس وجوابه ما بينا ولو طلقها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم اشتراها وأولادها كلهم تصير أم ولده ويعتق ولده منه وولدها من غيره يجوز بيعه ولا يكون بمنزلة أمه خلافا لزفر رحمه الله بخلاف الولد الحادث في ملكه حيث يكون حكمه حكم أمه بالاتفاق وان وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه الاب ثبت نسبه منه وصارت أم ولده وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرناها في النكاح ويشترط لصحة دعوة الاب أن يكون له ولاية التملك من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو حبلت في غير ملك الابن أو حبلت في ملكه ثم أخرجها عن ملكه ثم ردها الى ملكه أو جن الاب أو كان رقيقا أو كافرا فأفاق أو عتق أو أسلم فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت لم تصح دعوة الاب الا أن يصدقه الابن فان صدقه الابن ثبت نسبه منه ولا يملك الجارية ويعتق الولد على الابن لزعمه أنه ملك أخاه وكذا لو كانت الجارية أم ولد الابن أو مدبرته لم تصح دعوة الاب لعدم قبول النقل الى ملك الاب ولو وطئ أب الاب مع قيام ولاية الاب لا يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال قيام ولاية الاب وان زالت ولاية الاب بالموت أو الرق أو الكفر أو الجنون تصح دعوة الجد لان المصحح ثبوت الولاية للجد من وقت العلوق الى وقت الدعوة كما ذكرنا في الاب وقد وجد حتى لو لم يوجد ملك الحافد في بعض هذه المدة أو لم يكن الجد أهلا للولاية في بعضها لا تصح دعوته قال رحمه الله (ولو ادعى ولد أمة مشتركة ثبت نسبه) لاحتياج الولد الى النسب لانه صادف ملكه في النصف فتصح دعوته فيه ويثبت نسبه فيه فاذا ثبت نسبه فيه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الواحد لا يخلق من ماء رجلين ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدعوى في المرض أو في الصحة لانه من الحاجة الاصلية على ما بينا قال رحمه الله (وهي أم ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للتملك اذ لم يحصل لها شيء من أسباب الحرية قبل كالتدبير وغيره قال رحمه الله (ولزمه نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد وتعتبر قيمتها يوم العلوق لان أمومية الولد تثبت من ذلك الوقت ولا يختلف بين أن يكون موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (ونصف عقرها) أي لزمه نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ ملكه ثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه وانما كان كذلك لان ماله من الحق لا يكفي للاستيلاد لانه حق تملك لا حقيقة ملك ولا حقه فلهذا

يجرز

(قوله وله فيها قولان) وهو ولد المغرور اه كافي (قوله ولنا) يعني ولنا أنها علقت بولد ثبت نسبه منهما فتصير ام ولده لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل واحد منهما على سبيل الكمال وذا دليل اتحادهما والجزئية موجبة للعتق اه (قوله نظيره من اشترى أخاه من أبيه) وانما قيد بقوله من أبيه لانه اذا كان من أمه لا تنقطع النسبة اه من خط الشارح (قوله فيما روى) الذي في خط الشارح بما روى اه (قوله وقد ذكرناها في النكاح) يعني تقدم في باب نكاح الرقيق حكم وطء الرجل جارية والده وولد ولده ودعوة نسب الولد اه (قوله الى وقت الدعوة) وان يكون الاب صاحب ولاية بان لا يكون كافرا ثم أسلم ولا عبدا ثم أعتق اه (قوله في الابن وهي أم ولده) أي بالاتفاق اه (قوله لان الاستيلاد لا يتجزأ الخ) فاذا ثبت في نصيب المستولد ثبت في نصيب الآخر اذ الاستيلاد فرع النسب وهو لا يتجزأ اه كافي (قوله لانه وطئ جارية مشتركة) أي فلاقى الوطء ملكه وملك شريكه فيجب العقر لان الوطء لا يخلو من الحد أو العقر فسقط الاول للشبهة في المحل فيجب الثاني اه

يجوز له أن يتزوجها بخلاف الشريك فإن له حقيقة الملك في النصف فيكفي لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل قال رحمه الله (لاقيمته) أي لا تلزمه قيمة الولد لأنه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب في ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه ولم يعلق شئ منه على ملك شريكه قال رحمه الله (ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما) ومعناه اذا حبلت في ملكهما وكذا اذا اشتريا هاحبلى لا يختلف في حق ثبوت النسب منهما وانما يختلف في حق وجوب العقر والولاء وضمان قيمة الولد حتى لا يجب على كل واحد منهما العقر لصاحبه لعدم الوطء في ملكه و يجب عليه نصف قيمة الولد ان كان المدعي واحدا ويثبت لكل واحد منهما فيه الولاء لانه تحرير على ماعرف في موضعه وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يخلق من ماءين متعذر وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في أسامة بن زيد ولان النسب مما لا يتجزأ فلا يتصور فيه الشركة كالنكاح ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح رحمه الله لبسا فلبس عليهما ولو بينا البين لهما هو ابنهما يرثهما و يرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير وهو مذهب علي وابن عباس وزيد بن ثابت ولانه رجم بالغيب والله تعالى هو المنفرد بعلم الغيب و يعلم ما في الارحام ولان فيه قذفا للمحصنات ولهذا صار قذفا في غير هذه الحالة اجماعا ولان قول القائف لو كان معتبرا شرعا لرجع اليه في اللعان بنفي الولد ولم ينف الولد بالجهل وهذا دليل على أن قوله غير معتبر ولانه من أحكام الجاهلية قال الله تعالى أفحكم الجاهلية يبغون قالت عائشة رضي الله عنها كانت أنكحتهم على أربعة أنحاء منها أن رهطا كانوا يجتمعون على امرأة فاذا أتت بولد دعوا بقائف فألحقه بأشبههم وذلك باطل بما تلونا ولان القائف في اللغة هو الذي يقول الباطل قال الشاعر

وطال حذاري خيفة البين والنوى * ومن قائف في قوله يتقول

أي يقول الباطل وسرور النبي صلى الله عليه وسلم كان لقطع طعن المشركين لانهم كانوا يطعنون في نسب أسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون أن القائف يعلم ذلك ولما مر مجزز المدلجي عليهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع طعنهم ولزم الحجة على زعمهم فسر عليه الصلاة والسلام لذلك لالان قول القائف حجة شرعا ولانه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به على ماعرف في موضعه يحققه أنه عليه الصلاة والسلام لم يثبت نسبه ولم يجعل قوله حجة فيه لان نسبه كان ثابتا قبل ذلك فكيف يصح الاستدلال به على ثبوت النسب وهو لم يثبت به شئ ولان الشبه لا يوجب ثبوت النسب ولا عدم الشبه يوجب انتفاءه لان الله تعالى يفعل ما يشاء و يحكم ما يريد ألا ترى أن الرجل الذي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان امرأتي ولدت غلاما أسود فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل لك ابل فقال نعم قال ما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق فقال ان فيها لورقا فقال فمم ترى ذلك جاءها قال من عرق نزعها فقال صلى الله عليه وسلم فلعل هذا عرق نزعه رواه الجماعة ولم يرخص له عليه الصلاة والسلام في نفيه لعدم الشبه ولم يعول عليه حكما فدل على أن ذلك ليس بشئ ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والنسب وان كان لا يتجزأ لكن يتعلق به أحكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف في المال وأحكام غير متجزئة كالنسب و ولاية الانكاح فما يقبل التجزئة يثبت بينهما على التجزئة ومالا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما على الكمال كأنه ليس معه غيره الا اذا وجد المرجح في حق أحدهما فلا يعارضه المرجوح كما اذا كان أحدهما أبا الآخر لان للاب حقا في مال ابنه أو يكون أحدهما ذميا والآخر مسلما لان الاسلام يعلو ولا يعلى والحر أولى من العبد والمرتد أولى من الذمي والكتابي أولى من المجوسي قال رحمه الله (وهي أم ولدهما) لان دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد معتبرة راجحة على دعوة صاحبه لقيام المرجح فتصح دعوته فيه فتتبعه أمه فيصير نصيبه فيها أم ولد له تبعا لولدها قال رحمه الله (وعلى كل واحد نصف العقر) لان الوطء في المحل المعصوم سبب للضمان

(قوله يطعنون) من باب قتل اه (قوله هل فيها من أورق) قال في المصباح وجمل وغيره أورق لونه كلون الرماد وحمامة ورقاء اه (قوله لكن يتعلق به) أي بالاستيلاد اه (قوله في المتن وعلى كل واحد نصف العقر) قال في الكافي وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر فان قيل لا فائدة في وجوب العقر لانه يصير قصاصا قلنا فيه فائدة فرعا يبرئ أحدهما حقه فيبقى حق الآخر فتتوجه المطالبة اه وقال الكمال وفائدة ايجاب العقر مع التقاص أن أحدهما لو أبرأ الآخر من حقه بقي حق الآخر وأيضا لو قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب اه

(قوله وورثامنه ارث أب) فان وهب لهذا الابن مال أو ورثه من أخ له لامه لا ينفرد أحد الابوين بالتصرف فى ذلك المال عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينفرد أحدهما اه وصايا فتاوى قاضيخان اه (قوله لانه لا ملك له فيها حقيقة) فان ملكها يوما من الدهر صارت أم ولده لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب اه كفاية (١٠٦) (قوله ولو ملكه) أى الولد على تقدير تكذيب المكاتب اه

الجابر أو الحد الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر قال رحمه الله (وتقاصا) لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء الا اذا كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر فيأخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف البنوة والارث منه حيث يكون لهما على السواء لان النسب لا يتجزأ وهو فى الحقيقة لاحدهما فيكون بينهما على السواء لعدم الاولوية قال رحمه الله (وورث من كل ارث ابن) أى يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان كل واحد منهما أقر له على نفسه بنوته على الكمال فيقبل قوله قال رحمه الله (وورثا منه ارث أب) أى يرثان منه ميراث أب واحد لان المستحق أحدهما فيقسمان نصيبه لعدم الاولوية كما اذا أقام كل واحد منهما البينة ان هذا ابنه أو على ان هذا الشئ له قال رحمه الله (ولو ادّعى ولد أمة مكاتبه وصدّقه المكاتب لزم النسب) لتصادقهما على ذلك فصار كما لو ادّعى نسب ولد الجارية الاجنبى فصدقه المولى قال رحمه الله (والعقر) أى ولزمه العقر لانه وطئ بغير نكاح ولا ملك عين وقد سقط عنه الحد للشبهة فصار كوطء المكاتبة بل أولى لان فى المكاتبة ملك الرقبة ثابت للمولى ومع هذا وجب عليه العقر بوطئها كوجوب الارش بالجناية عليها لانها صارت بالعقد كالاجنبية عنه والعقر ملحق بالارش وليس له فى جارية المكاتب ملك فكان أولى بالوجوب قال رحمه الله (وقيمة الولد) أى لزمه قيمة الولد لانه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور اعتمد دليلا وهو الملك ظاهرا وان لم يكن له ملك حقيقة قال رحمه الله (ولم تصر أم ولده) لانه لا ملك له فيها حقيقة وماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك بخلاف جارية الابن لانه ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وذلك غير كاف لصحة الاستيلاد فاحتجنا الى نقلها الى ملك الاب ليصح الاستيلاد قال رحمه الله (وان كذبه لم يثبت النسب) أى ان كذبه المكاتب لم يثبت نسب الولد منه وقال أبو يوسف رحمه الله يثبت لان الجارية كسب كسبه فصار كجارية الابن بل أولى لان للمولى فى المكاتب ملك الرقبة ولهذا ينفذ عتقه ويمنع المكاتب من التصرف غير الاكتساب بخلاف الابن وحقه أيضا فى مال المكاتب أقوى ولهذا منع المكاتب من التصرفات فكان أولى بالتنفيذ من غير تصديق ووجه الفرق أن الاب له أن يتملك مال ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب عليه عقرها ولا قيمة الولد وتصير أم ولده وليس للمولى أن يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد حجر على نفسه وألحق نفسه بالاجنبى ولهذا يجب عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير أم ولده فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطئ المكاتبة فجاءت بولد فادّعاه حيث يثبت نسبه ولا يشترط تصديقها لان رقبتها مملوكة له بخلاف كسبها ولو ملكه يوما بعدما كذبه المكاتب ثبت نسبه وصارت أم ولده ان ملكها لان الاقرار به باق وهو الموجب وزال حق المكاتب وهو المانع ولو ولدت منه جارية غيره وقال أحلها لى مولاها والولد ولدى فصدقه المولى فى الاحلال وكذبه فى الولد لم يثبت نسبه وان ملكهما يوما ثبت نسبه وصارت أم ولده ولو صدّقه فى الولد ثبت نسبه ولو استولد جارية أحد أبويه أو امرأته وقال ظننت أنها تحل لى لم يثبت نسبه منه ولا حد عليه وان ملكه يوما عتق عليه وان ملك أمه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه والله أعلم

﴿كتاب الايمان﴾

اليمين القوة لغة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ

رأيت عرابة الأوسى يسمو * الى الخيرات منقطع القرين

﴿كتاب الايمان﴾

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح فى ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا أنه قدم على الكل النكاح لانه أقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه أوجه واختص الاعتاق عن اليمين بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه فى تمام معناه الذى هو الاسقاط وفى لازمه الشرعى الذى هو فى السراية فقدمه على اليمين اه كما قال رحمه الله قال فى المصباح ويمين الحلف انثى وتجمع على أيمن وأيمان قيل سمى الحلف يمينا لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه فسمى الحلف يمينا مجازا اه قال الاتقانى والحلف واليمين من الاسماء المترادفة اه (قوله اليمين) أى اليمين مشترك بين الجارحة والقسم اه فتح (قوله وقال الشماخ) كذا عزاه الاتقانى وعزاه فى الصحاح للحطيئة واقتصر عليه اه (قوله رأيت عرابة) قال فى مجمع البحرين للصغانى وقوله عرابة اسم رجل من الانصار من الاوس قال الحطيئة ليس البيت للحطيئة وانما هو للشماخ وذكر المبرد وابن قتيبة ومحمد بن سعد أن الشماخ خرج يريد المدينة فلقيه عرابة بن اوس اذا فسأله عما أقدمه المدينة فقال أردت ان أمتار لاهلى وكان معه بعيران فاوقرهما عرابة تمرا وبرا وكساه وأكرمه فخرج من المدينة وامتدحه بالقصيدة التى يقول فيها رأيت عرابة اه قال فى الصحاح وعرابة بالفتح اسم رجل من الانصار من الاوس قال الحطيئة اذا ما راية البيت اه

اذا ماراية رفعت لمجد * تلقاها عرابة باليمين

وفي الشرع عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك وسمى هذا العقد بها لان العزيمة تتقوى بها وهي مشروعة لان الله تعالى أقسم وأمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالقسم فقال تعالى قل إي وربي إنه لحق ولأن فيها تعظيم أسماء الله وصفاته لان من أقسم بشئ فقد عظمه وأقسم عليه الصلاة والسلام ليغزون قريشا والصحابة رضى الله عنهم كانوا يقسمون فكانت ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع واليمين بغير الله تعالى أيضا مشروع وهو تعليق الجزاء بالشرط وهو ليس بيمين وضعا وانما سمى يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله وهو الحمل أو المنع واليمين بالله تعالى لا يكره وتقليله أولى من تكثيره واليمين بغيره مكروهة عند البعض للنهى الوارد فيه وعند عامتهم لا يكره لانه يحصل بها الوثيقة لاسيما في زماننا وما روى من النهى محمول على الحلف بغير الله لا على وجه الوثيقة كقولهم بأبيك ولعمرك ونحوه وركن اليمين بالله تعالى ذكر اسمه أو صفته وبغيره ذكر شرط صالح وجزاء صالح وصلاحية الشرط أن يكون معدوما على خطر الوجود وصلاحية الجزاء أن يكون غالب الوجود عند وجود الشرط ليتحقق الحمل أو المنع وقد يكون متحقق الوجود عند وجود الشرط كالتعليق بالملك وسببه وحكمها وجوب البر أصلا والكفارة خلفا وشرط انعقادها تصور البر في المستقبل خلافا لابي يوسف رحمه الله ثم اليمين بالله تعالى ثلاثة أقسام غموس ولغو ومنعقدة على ما يجئ بيانه ودليل الحصر عليه أنها لا تخلو إما أن تكون فيها مؤاخذة أو لا فالثاني لغو والاول لا يخلو إما أن تكون المؤاخذة دنيوية أو عقوبية فالاول المنعقدة والثاني الغموس قال رحمه الله (حلفه على ماض كذبا عمدا غموس وظنا لغو) أى اذا حلف على أمر قد مضى وهو كاذب فيه فان تعمد الكذب فهو غموس وان كان يظن أن الامر كما قال فهو لغو ويتأتيان في الحال أيضا سميت الاولى غموسا لانها تغمس صاحبها في الذنب ثم في النار وسميت الثانية لغوا لانه لا اعتبار بها واللغو اسم لما لا يفيد يقال لغا اذا أتى بشئ لا فائدة فيه فكلاهما يتصور في اليمين بالله تعالى ولا يتصور في اليمين بغيره لان تعليق الطلاق والعتاق والنذور بأمر كائن في الماضي لا يتحقق فيه اللغو ولا الغموس لان الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذور سواء كان عالما وقت اليمين أو لم يكن عالما قال رحمه الله (وأثم في الاولى دون الثانية) يعنى يأثم في الغموس ولا يأثم في اللغو لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ولقوله صلى الله عليه وسلم الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري وأحمد وقال عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم

(قوله تلقاها عرابة باليمين) أى القوة اه (قوله واليمين بغير الله تعالى) نحو قولك ان دخلت الدار فأنت طالق اه (قوله وهو الحمل أو المنع) أى على المحلوف عليه اه (قوله واليمين بغيره مكروه) قال الكمال رحمه الله ثم يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه أو غيره ومحل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم اه (قوله لاسيما في زماننا) أى فان أحدا لا يصدق ولا يؤتمن عليه في اليمين بالله تعالى لقلة مبالاة ظهرت في الناس فتمس الحاجة الى الوثيقة بالطلاق وغيره وقد روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه حلف بالطلاق عند النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان مكروها لانكر عليه اه كافى (قوله كالتعليق بالملك وسببه) وأما شروطها فالعقل والبلوغ اه كمال (قوله في المتن حلفه على ماض) قال الكمال وليس هذا بقيد بل الحلف (١٠٧) على الحال أيضا كوالله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه وقال الاتقاني اعلم أن يمين الغموس ما يتعمد فيه الكذب على اثبات شئ أو نفيه سواء كان ماضيا أو حالا نظير الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الامر وهو عالم بأنه فعله ونظير الحال قوله والله انه زيد مع علمه أنه عمرو وما شابه ذلك وما وقع في تفسير الغموس في مختصر القدوري بأنه الحلف على أمر ماض يتعمد فيه الكذب فهو بناء على الغالب لا لأن الماضي شرطه ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره ان الغموس يتحقق في الحال أيضا وقال في شرح الكافي اليمين ليست منهن على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع ٢ ثم اعا نافي اليمين الغموس لانها كبيرة اه (قوله في المتن غموس) قال في المصباح واليمين الغموس بفتح الغين اسم فاعل لانها تغمس صاحبها في الاثم لانه حلف كاذبا على علم منه اه (قوله في المتن لغو) قال الرازي ولغو وهو أن يحلف على أمر في المضى أو الحال وهو يظن أنه كذلك وليس كذلك بان قال والله فعلت كذلك وما فعل وهو يظن أنه فعل أو رأى شخصا من بعيد فقال والله انه لزيد يظنه زيدا وهو ليس كذلك اه قال في الهداية ويمين اللغو أن يحلف على أمر وهو يظن انه ٢ قال والامر بخلافه فهذا اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها قال الاتقاني وهذا الذي ذكر مثل ما حلف على شئ متوهما أنه فيه صادق كقوله والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا والامر بخلافه أو رأى طائرا من بعيد فظنه غرابا فقال والله انه غراب فاذا هو حمام اه (قوله ولا يأثم في اللغو) قال الاتقاني ثم يمين اللغو لا حكم لها أصلا لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم أى لا يؤاخذكم بلغو اليمين الذى يحلفه أحدكم بالظن هذا على ما ذهبنا اليه ومعناه على ما ذهب اليه الشافعي أنه لا يلزمكم الكفارة بلغو اليمين الذى لا قصد معه اه

بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم الله عليه الجنة فقال رجل وان كان يسيرا قال وان كان قضيبا من أراك رواه مسلم وأحمد وغيرهما وقال عليه الصلاة والسلام اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع أى خالية ولا تجب فيها الكفارة الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله تجب فيها الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والمراد القصد لانه فعل القلب والمراد بالمؤاخذة الكفارة لانه تعالى فسرها بها فى آية أخرى بقوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد بالعقد القصد أيضا وفيه توفيق بين الآيتين ولان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله تعالى كاذبا فأشبه المعقود ولنا قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد منها اليمين الفاجرة وقال ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التى لا كفارة فيها وهو اشارة الى الصحابة وحكاية لاجماعهم ولانها كبيرة محضة والكفارة عبادة فلا تناط بها كسائر الكبائر وهذا لان المشروعات اللازمة للعباد ثلاثة أقسام عبادة محضة وسببها مباح وعقوبة محضة وسببها محظور محض ومتردد بين العبادة والعقوبة وهى الكفارة لانها عبادة من وجه حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية وعقوبة من وجه لانها شرعت أجزية زاجرة كالحدود فيكون سببها أيضا مترددا بين الحظر والاباحة لتكون العبادة متعلقة بالمباح والعقوبة بالمحظور كسائر الكفارات مثل كفارة الظهار فانها تتعلق بالمنكر من القول الزور والعود وكفارة القتل تجب بالخطا وهو بالتقصير فى التثبت وهو محظور وبالحركة المباحة مثل المشى فى الطريق وكذا كفارة اليمين تجب بالحلف والحنث والاول مباح والثانى محظور وأما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله تعالى حرام فمعه أولى لانه ذكر اسم الله تعالى لترويج الكذب وهو فى نهاية الحظر فلا يصلح سببا للكفارة ألا ترى أن اللعان استشهاد بالله تعالى وأحدهما كاذب بيقين ولم يوجب الشارع على الكاذب منهما كفارة وأجمع المسلمون على ذلك فمن أوجبه فى اليمين الفاجرة صار مخالفا للنص والاجماع وهذا لانه عليه الصلاة والسلام أخبر أن أحدهما كاذب فقال هل فيكما من تائب فبين أن الواجب على الكاذب منهما فى يمينه التوبة لا غير ولو كانت الكفارة تجب بها لبين له أن عليه أربع كفارات ولا حجة له فيما تلا لان المراد بها المعقودة والذى يدل على ذلك أن الله تعالى أمر بحفظ الايمان بعد ما شرع الكفارة فيها بقوله تعالى واحفظوا أيمانكم والحفظ انما يتأتى فى المستقبل الذى يقبل التضييع والغموس لا يتصور ذلك فيها فلا تتناولها الآية وكذلك العقد لا يكون الا فيما يقبل الحل لانه ضده قال قائلهم

خطرات الهوى تروح وتغدو * ولقلب المحب حل وعقد

والمؤاخذة المطلقة يراد بها المؤاخذة فى الآخرة لانها دار الجزاء فيحمل عليها وقياسه على المعقودة فاسد لان المعقودة مباحة فلا يأثم بمباشرتها ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختياره الحنث ابتداء فى ذلك الوقت والاثم فى الغموس ملازم وهو أعظم جرما فامتنع الالحاق وقال محمد رحمه الله فى اللغو فهذه يمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها مع أن عدم المؤاخذة مقطوع به لكونه ثابتا بالكتاب وانما قال ذلك لان فى صورتها اختلافا فمذهب عائشة رضى الله عنها اللغو ما يجرى على اللسان من غير قصد سواء كان فى الماضى أو فى المستقبل مثل أن يقول لا والله بلى والله وقد روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه مثله ومذهب ابن عباس مثل مذهبنا وهو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى أنه صادق وهذا يكون فى الماضى والحال فلاحتمال أن تكون صورتها خلاف ذلك علقه بالرجاء يعنى نرجو أن تكون هذه الصورة هى التى لا يؤاخذ بها أو قال ذلك تعظيما للامر واظهارا للتواضع لانه يذكر لذلك كما يذكر للطمع قال رحمه الله (وعلى آت منعقدة وفيه كفارة فقط) أى اليمين على شئ يأتى فى المستقبل منعقدة وحكم هذه اليمين وجوب الكفارة عند الحنث لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين فى المستقبل بدليل قوله

تعالى

(قوله وقال عليه الصلاة والسلام اليمين) الذى فى خط الشارح بلا ألف ولام اهـ (قوله فى المتن وعلى آت منعقدة الخ) قال فى الهداية والمنعقدة ما يحلف على أمر فى المستقبل أن يفعله أو لا يفعله قال الكمال وما فى قوله ما يحلف مصدرية أى الحلف على أمر فى المستقبل وهذا يفيد ان الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد لا تسمى منعقدة ويقتضى أنها اما ليست بيمين وهو بعيد أو زيادة أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفى كلام شمس الائمة ما يفيد انها من قبيل اللغو فان أراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له وفى هذه اليمين فائدة تأكيد صدقه فى خبره عند السامع وان أراد دخولها فى اللغو المذكور فى الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم يقل أحد بذلك فكان خارجا عن أقوال السلف والجواب أن الاقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا فى مطلق اليمين اهـ

تعالى واحفظوا أيمانكم ولا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك الا فى المستقبل ولان الله تعالى قال بما عقدتم الايمان والعقد يقتضى ارتباط الكلام بالكلام على وجه يتعلق بهما حكم فيصير عقدا شرعيا كسائر العقود الشرعية ولانه تعالى قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والنقض يكون فى موضع العقد وهذا انما يتصور فى المستقبل وقوله وفيه كفارة فقط لامعنى لقوله فقط لان فى اليمين المنعقدة اثما أيضا ولفظ الكفارة ينبئ عنه لان معناها الستارة وهى لا تجب الا لرفع المأثم قال رحمه الله (ولو مكرها أو ناسيا) يعنى تجب فيها الكفارة اذا حنث ولو كان حلف مكرها أو ناسيا لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وعد منها اليمين وقد بينا من قبل والمراد بالناسى المخطئ كما اذا أراد أن يقول اسقنى الماء فقال والله لا أشرب الماء وذكر فى الكافى أنه المذهول عن التلفظ به كأن قيل له ألا تأتينا فقال بلى والله غير قاصد لليمين وانما ألجأنا الى هذا التأويل لان حقيقة النسيان فى اليمين لا تتصور قال رحمه الله (او حنث كذلك) أى أو حنث مكرها أو ناسيا تقديره تجب الكفارة ولو كان حلف مكرها أو ناسيا أو حنث مكرها أو ناسيا بأن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا لان الفعل حقيقة لا ينعدم بالاكراه والنسيان وتحقق الفعل منه هو الشرط والحنث ناسيا متصور فلا يحتاج الى التأويل وكذا لو فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب كما أدير الحكم على السفر لا حقيقة المشقة قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى والرحمن والرحيم وعزته وجلاله وكبريائه وأقسم وأحلف وأشهد وان لم يقل بالله ولعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلى نذر ونذر الله وان فعل كذا فهو كافر) أى اليمين تكون بهذه الالفاظ لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل بها أما الحلف بالله تعالى أو الرحمن أو غيره من أسمائه تعالى فظاهر لانه يعتقد تعظيم اسم الله تعالى فصلح ذكره حاملا أو مانعا سواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوا فى الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح لان اليمين بالله تعالى ثبت نصا لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت متفق عليه والحلف بسائر أسمائه حلف بالله تعالى وما ثبت بالنص أو بدلالته لا يراعى فيه العرف وكذا لا يحتاج فيه الى النية انه أراد به الحق أو غيره وقال بعض أصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين مطلقا وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والحليم والعليم والقادر فان أراد به الله كان يمينا والا فلا وهذا ليس بصحيح لان اليمين بغير الله تعالى منهى عنه بقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت متفق عليه وقال ابن مسعود لأن أحلف بالله كاذبا أحب الى من أن أحلف بغير الله صادقا والظاهر من حاله أنه لا يباشر المحرم وان من قصده يمينا صحيحة فيحمل عليه ما لم ينو خلاف ذلك فان نوى خلافه لا يكون يمينا لانه نوى محتمل كلامه فيصح هذا اذا حلف بأسماء الله تعالى وأما اذا حلف بصفاته كعزة الله وكبريائه وجلاله فان كان متعارفا بأن كان يحلف به عادة يكون يمينا والا فلا وقال بعضهم ان حلف بصفات الذات يكون يمينا وان حلف بصفات الفعل لا يكون يمينا والفرق بينهما عندهم أن كل وصف جاز أن يوصف الله تعالى به وبضده فهو من صفات الفعل كالرضا والغضب والسخط والرحمة والمنع والاعطاء وكل ما جاز أن يوصف به لا بضده فهو من صفات الذات كعزة الله وكبريائه وجلاله وقدرته والصحيح الاول لان صفات الله تعالى كلها

(قوله ثلاث جدهن جد وهزلهن جد) النكاح والطلاق واليمين اه هداية (قوله فى المتن واليمين بالله تعالى والرحمن والرحيم) (فرع) رجل قال والله والرحمن والرحيم لا أفعل كذا ففعل فى الروايات الظاهرة يلزمه ثلاث كفارات وتتعدد اليمين بتعدد الاسم اذا لم يجعل الثانى نعتا للاول وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ان عليه كفارة واحدة وبه أخذ مشايخ سمرقند لان الواو بين الاسم الاول والثانى وبين الثانى والثالث واو القسم لا واو العطف فلم يتصل الثانى بالاول ولا الثانى بالثالث واذا ذكر الخبر عقيب الثالث اقتصر الخبر على الثالث وكانت يمينا واحدة وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية ولو قال والله ووالرحمن لا أفعل كذا ففعل يلزمه كفارتان فى قولهم ولو قال والله والله لا أفعل كذا تعدد اليمين فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله ان فى الاسم الواحد لا تتعدد اليمين ويحمل الثانى على التأكيد والتكرار ولو قال والله لا أدخل هذه الدار ثم قال والله لا أدخل هذه الدار فدخلها مرة يلزمه كفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال فى مجلسه والله لا أقربك فقربها مرة يلزمه كفارتان وحكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل أنه قال اذا قال الرجل (١) والله لا أكلم فلانا فكلمه مرة ان نوى بالثانى التكرار والتأكيد يلزمه كفارة واحدة لانه جعل الاسم الثانى نعتا للاول فكانت يمينا واحدة كما لو قال والله العزيز لا أفعل كذا ولو قال بالله لا أفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها أو رفعها يكون يمينا لانه ذكر اسم الله تعالى بحرف القسم والخطأ فى الاعراب لا يمنع صحة اليمين ولو قال الله لا أفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها لا يكون يمينا لانعدام حرف القسم الا أن يعربها بالكسر فيكون يمينا لان الكسر يقتضى سبق حرف الخافض وهو حرف القسم اه قاضيخان (قوله وان حلف بصفات الفعل لا يكون يمينا) والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التى تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء فاعلها كالرحمة والعلم والعزة اه

---

(١) اذا قال الرجل والله الخ هكذا فى الاصل الذى بيدنا وحرر اه مصححه

(قوله سوكندمى) اليمين (قوله خورم) أحلف (قوله بخداى) بالله تعالى (قوله وأنملة) قال في مجمع البحرين والانملة بالفتح واحدة الانامل وهي رؤس الأصابع اه وقال في المصباح الانملة العقدة من الاصابع وبعضهم يقول الانامل رؤس الاصابع قال وعليه قول الازهري الانملة المفصل الذي فيه الظفر وهي بفتح الهمزة وفتح الميم أكثر من ضمها وابن قتيبة يجعل الضم من لحن العوام اه وقال في مجمع البحرين السنام واحد أسنمة الابل وأسنمة بفتح الهمزة وضم النون أكمة معروفة بقرب طخفة اه وقال في مجمع البحرين الآنك الاسرب وفي الحديث من استمع الى قينة صب في أذنيه الآنك وأفعل من أبنية الجمع ولم يجئ عليه الواحد الا الآنك وأشد اه

صفات الذات وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق والايمان مبنية على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا ومالا فلا ولو قال وعلم الله لا يكون يمينا لانه يراد به المعلوم ولانه لم يتعارف الحلف به ولو نوى العلم الحقيقي لا يكون يمينا لعدم العرف وقدرة الله تكون يمينا للعرف وقوله أقسم أو أحلف أو أشهد انما كان يمينا وان لم يقل بالله لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف عرفا وهذه الصيغ للحال حقيقة وتستعمل في الاستقبال بقرينة السين أو سوف أو اذا أو لن أو على أو ان فجعل حالفا في الحال ألا ترى الى قوله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة فسماه يمينا وان لم يذكروا الاسم فدل أن الشهادة يمين وأن ذكر الاسم ليس بشرط وقال زفر رحمه الله لا يكون يمينا الا اذا قال بالله لانه يحتمل الحلف بالله وبغيره ويحتمل الوعد ولنا ما بينا ولان اليمين بالله تعالى هو المعهود المشروع وبغيره محظور فينصرف الى الاول ولا نية في الصحيح لما ذكرنا ولو كان وعدا لكان مع اسم الله أيضا وعدا ولو قال سوكندمى خورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا لانه وعد ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف وانما كان حالفا بقوله لعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلى نذر ونذر الله لان عمر الله بقاؤه فكان صفة له وقد ذكرنا الحلف بالصفات وايم أصله أيمن وهو جمع يمين عند الكوفيين وحذف الهمزة في الوصل تخفيف وكذا حذفوا النون تخفيفا فقالوا ايم الله وايم الله بالكسر أيضا وربما حذفوا الياء أيضا فقالوا أم الله وربما أبقوا الميم وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا م الله وربما قالوا من الله ومن الله ومن الله بالضم والفتح والكسر وعند البصريين ليست جمعا والهمزة للوصل والجمع لا يجوز أن يخفف حتى يبقى على حرف واختار الزجاج وابن كيسان قول الكوفيين وقالا انما خففت همزتها وطرحت في الوصل لكثرة استعمالهم والمفرد لا يأتي على أفعل وقيل آنك وأسنمة وأنملة لغية والعهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا سمي المعاهد ذميا والنذر اذا لم يسم شيأ يوجب الكفارة لقوله عليه الصلاة والسلام كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين رواه ابن ماجه والترمذي وصححه وهذه المسئلة على وجهين إما أن يكون النذر مطلقا أو معلقا بشرط وكل واحد منهما على وجهين إما أن يسمى شيأ أو لا فحاصله انه ان لم يسم شيأ في المطلق والمعلق تجب عليه كفارة يمين لكن في المطلق تجب للحال وفي المعلق اذا وجد الشرط وان سمى شيأ في المطلق يجب الوفاء به وكذا في المعلق ان كان التعليق بشرط يراد كونه وان كان لا يراد كونه قيل يجب عليه الوفاء بالنذر وقيل يجزيه كفارة اليمين ان شاء وان شاء أوفى بالمنذور وهو الصحيح رجع اليه أبو حنيفة رضي الله عنه قبل موته بثلاثة أيام وقيل بسبعة وكذا لو قال على يمين يجب عليه كفارة لان معناه على موجب اليمين وانما يصير قوله ان فعل كذا فهو كافر يمينا لان حرمة الكفر كحرمة هتك الاسم اذ لا يتصور نسخه عقلا فاذا جعله علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه بغيره بجعله يمينا كما يقول في تحريم الحلال وان كان قال ذلك لشئ قد فعله في الماضي فان كان صادقا فلا شئ عليه وكذا اذا كان يعلم أنه صادق عنده وان كان يعلم أنه كاذب يكفر عند محمد بن مقاتل لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود

وقال فيه أيضا في باب الدال وقوله تعالى حتى يبلغ أشده أي قوته وهو ما بين ثماني عشرة الى ثلاثين وهو واحد جاء على بناء الجمع مثل آنك وهو الاسرب ولا نظير لهما ويقال هو جمع لا واحد له من لفظه مثل آسال وأبابيل وعباديد ومذاكير وكان سيبويه يقول واحده شدة وهو حسن في المعنى لانه يقال بلغ الغلام شدته ولا تجمع فعلة على أفعل وأما أنعم فهو جمع نعم من قولهم يوم بؤس ويوم نعم اه قوله وأشد أصله أشدد نقلت حركة الدال الاولى الى ماقبلها ثم أدغم اه (قوله إما ان يكون النذر مطلقا) كقوله لله على نذر أو نذر الله على أو لله على صوم أو صدقة أو صوم يوم الجمعة فهذا كله مطلق من حيث انه لم يعلقه بشرط لم يقل اذا جاء فلان ونحوه اه (قوله اما ان يسمى شيأ) كقوله لله على صوم أو صدقة أو حج اه قال في المحيط ولو قال لله على عتق فهو على رقبة لان ذلك أقل ما أوجبه الله تعالى ولو قال على صوم فعليه صوم يوم لانه مقدر به شرعا وأدنى ما يجب بالامر وقد ذكر أبو يوسف في الامالي لو قال على صيام تنجيز يلزمه صوم ثلاثة أيام لان ذلك أقل ما أوجبه الله تعالى في كفارة اليمين بقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام اه (قوله وكذا في المعلق) ان كان التعليق بشرط يراد كونه كالشفاء من المرض اه (قوله وان كان لا يراد كونه) كشرب الخمر أو كلام زيد اه (قوله وان كان يعلم أنه كاذب يكفر) قال في الذخيرة في فصل النذور من كتاب الايمان ما نصه ألا ترى ماذكر عن الطحاوي أنه اذا أضاف النذر الى سائر المعاصي وعنى به اليمين بان قال لله على أن أقتل فلانا وما أشبه ذلك كان يمينا وتلزمه الكفارة بالحنث اه

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا يكفر) اعتبارا الماضي بالمستقبل قال قاضيخان في فتاواه ولو قال هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء من الاسلام أو بريء من الله ان فعل كذا عندنا يكون يمينا وان فعل ذلك الفعل هل يصير كافرا فهو على وجهين ان حلف بهذه الالفاظ وعلق الكفر بأمر ماض وقال هو يهودي لو كان فعل كذا وقد كان فعل (١١١) وهو عالم وقت اليمين أنه كاذب اختلفوا فيه قال بعضهم يصير كافرا لان التعليق بالماضي يتنجز فيصير كأنه قال هو يهودي أو نصراني وقال بعضهم لا يكفر ولا تلزمه الكفارة لانها غموس وان حلف بهذه الالفاظ على أمر في المستقبل ثم فعل ذلك قال بعضهم لا يكفر وتلزمه الكفارة والصحيح ما قاله بعض المشايخ انه ينظر ان كان في اعتقاد الحالف انه لو حلف بذلك على أمر في الماضي يصير كافرا في الحال فيصير كافرا وان حلف على أمر في المستقبل وفي اعتقاده انه لو فعل ذلك يصير كافرا فاذا فعل ذلك يصير كافرا وان لم يكن في اعتقاده ذلك لا يكفر سواء كانت اليمين على أمر في المستقبل أو في الماضي اهـ (قوله لان التبري منه كفر) وتعليق الكفر بالشرط يمين اهـ كافي ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يمينا ولو قال أنا بريء مما في المصحف يكون يمينا لان ما في المصحف قرآن فكأنه قال أنا بريء من القرآن اهـ كافي (قوله أي ثوابه) أي فلا يكون يمينا بالشك اهـ كافي (قوله ولو قال وأمانة الله يكون يمينا) في رواية الاصل كأنه والله الامين اهـ كافي وحكى الطحاوي عن أصحابنا أنه ليس بيمين لانه عبارة عن الطاعات اهـ كافي (قوله وقد بينا الفرق بينهما من حيث المعنى) أي قبل هذه المقالة اهـ (قوله كقوله بالله) قال في الكافي فالباء تدخل على المظهر والمضمر والواو لا تدخل الا على المظهر والتاء لا تدخل الا على مظهر واحد وهو اسم الله لان الباء أصل والواو ملحق به لان في الالصاق معنى الجمع ولهذا لا يستعمل اظهار الفعل مع الواو والتاء ملحق بالواو

تخيير فصار كأنه قال هو كافر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكفر اعتبارا الماضي بالمستقبل والصحيح انه ان كان عالما أنه يمين لا يكفر في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا أو عنده أنه يكفر بالحلف في الغموس أو بمباشرة الشرط في المستقبل يكفر فيهما لانه لما أقدم عليه وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يكون يمينا لانه تعليق المعصية بالشرط فصار كما لو قال ان فعل كذا فهو زان أو شارب خمر ونحوه ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قال من حلف بالتهود فهو يمين ولان حرمته كحرمة هتك الاسم اذ لا يحتمل التبديل على ما بينا بخلاف الزنا وشرب الخمر لانه يحتمل التبديل عقلا فلا يكون كالكفر في الحرمة قال رحمه الله (لا بعلمه وغضبه وسخطه ورحمته والنبي والقرآن والكعبة وحق الله وان فعلته فعلي غضب الله وسخطه أو أنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) أي الحلف بهذه الالفاظ لا يكون يمينا أما قوله وسخطه وغضبه ورحمته والقرآن والكعبة والنبي وحق الله فلما رويناو بينا أن اليمين لا يكون بغير الله لان العلم يراد به المعلوم والغضب والسخط يراد به أثره وهو النار وكذا الرحمة يراد بها أثرها وهي الجنة والقرآن يراد به الحروف التي في اللهوات والنقوش التي في المصاحف ولان قوله على غضب الله ونحوه دعاء على نفسه ولا تعلق له بما نحن فيه وكذا لم تجر العادة بالتحالف به وكذا اذا قال والنبي والقرآن والكعبة لأفعلن كذا وأما اذا قال هو بريء من أحد هذه الاشياء يكون يمينا لان التبري منه كفر والحق المضاف الى الله تعالى طاعته فقيل للنبي عليه الصلاة والسلام ما حق الله على العباد فقال أن لا يشركوا به شيأ ويعبدوه ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة والحلف بالطاعة لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله تعالى بخلاف ما اذا قال والحق لانه اسم من أسماء الله وعن أبي يوسف رحمه الله يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وجوابه ما تقدم ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر منه يراد به تحقيق الوعد فكأنه قال أفعل كذا حقيقة لا محالة ولو قال ووجه الله لا يكون يمينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يكون يمينا لان الوجه يذكر بمعنى الذات قال الله تعالى ويبقى وجه ربك ووجه الاول أنه يراد به الذات ويراد به الثواب يقال افعل هذا ابتغاء وجه الله تعالى أي ثوابه ولو قال وأمانة الله يكون يمينا في رواية عن محمد ولما سئل عن معناه فقال لا أدري كأنه وجد الناس يحلفون به فجعله يمينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكون يمينا لاحتمال أنه أراد به الفرائض وأما قوله ان فعلته فعلي غضب الله وسخطه أو أنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا فلعدم التعارف بالحلف بها بخلاف قوله هو كافر لان العادة جارية بالحلف به وقد بينا الفرق بينهما من حيث المعنى قال رحمه الله (وحروفه الباء والواو والتاء) أي حروف القسم هذه الثلاثة كقوله بالله ووالله وتالله لان كل ذلك معهود في الكلام ومذكور في القرآن والباء هي الاصل وهي أم الباب تدخل على الظاهر والمضمر كقوله بالله وبه ويجوز اظهار الفعل معها تقول حلفت بالله والواو بدل عن الباء تدخل على المظهر كقولك والله والرحمن ولا تدخل على المضمر لا يقال وك ولاه مثل ما يقال بك وبه ولا يجوز اظهار الفعل معها لا تقول أحلف والله كما تقول أحلف بالله والتاء بدل من الواو وهي تدخل على لفظة الله خاصة تقول تالله قال الله تعالى تالله تفتأ تذكر يوسف ولا تقول تالرحمن ولا تالرحيم وألحق الاخفش بتالله ترب الكعبة وهو شاذ ولا يجوز اظهار الفعل معها لا تقول أحلف تالله ولا أقسم تالله وله حروف أخر وهي لام القسم وحروف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع ألف الوصل والميم المكسورة والمضمومة في القسم ومن كقوله لله وها الله وآلله وم الله ومن الله واللام بمعنى التاء ويدخلهما معنى التعجب وربما جاءت التاء لغير التعجب دون اللام قال رحمه الله (وقد تضمر) أي وقد تضمر حروف القسم فيكون حالفا كقوله

لانهمامن حروف الزوائد وتبدل بها في نحو تجاه اه (قوله في المتن وكفارته تحرير رقبة الخ) شرع في الكفارة بعد بيان ماينعقد به اليمين ومالا ينعقد لانها تكون بعد اليمين لوجوبها بالحنث اه اتقاني قال الكمال الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال

* في ليلة كفر النجوم غمامها * وتكفر بثوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين إضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافة الى السبب فاليمين هي السبب اه قال في الهداية وكفارة اليمين عتق رقبة قال الكمال أى اعتاقها لانفس العتق فانه لوورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لايجوز ويجزئ فيهما مايجزئ في الظهار وتقدم المجزئ في الظهار من انها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة والكبيرة ولايجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزئ العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولايجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولامقطوع اليدين والرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولايجوز المجنون الذي لايفيق ومن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وأم الولد لانهما استحقاقهما الحرية نقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيأ يجوز بخلاف الذي أدى بعض شيء لانه كالمعتوق بعوض وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوبا فمازاد يعني ان كساه ثوبين أوثلاثة فهو أفضل وأدناه مايجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر أوصاع من تمر أوشعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر رضي الله عنه قال كفارة اليمين صاع من تمر أوشعير أو نصفه من بر وباسناده الى علي رضي الله عنه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رضي الله عنه قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولوغداهم وعشاهم وفيهم فطيم أوفوقه قريبا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز أن يغديهم (١١٢) ويعشيهم بخبز الاأنه ان كان برا لايشترط فيه الادام وان كان غيره فبادام ويجزئ

في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أوكسوتهم أوتحرير رقبة وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وللعبد الخيار في تعيين أيهما شاء ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول اه قوله والصغيرة الخ لان الله تعالى أطلق في الموضعين ولم يقيد فجاز هنا يجزيه ماجاز ثمة اه اتقاني وقوله ولايجوز مقطوعهما من جهة واحدة أى لان منفعة المشي متعذرة اه (قوله وذلك قميص أوإزار) أو قباء أوكساء أوجبة أوملحفة لان لابس هذه الاشياء يسمى مكتسيا فيجزئ كل واحد منها وفي السراويل اختلاف الرواية قال في نوادر هشام لايجوز وفي نوادر ابن سماعة يجوز كذا في الاجناس وقال الكرخي في مختصره لايجزئ في ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل وروى ذلك ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف ورواه محمد بن كيسان عن املاء محمد عنه كذلك ان لابسه يسمى عريانا وقال في خلاصة الفتاوى وعن محمد إن أعطى المرأة لايجوز وان أعطى الرجل يجوز لجواز صلاته فيه كالقميص اه اتقاني قال الاتقاني وذكر ابن شجاع في كتاب الكفارات من تصنيفه قال أبوحنيفة ان كان العمامة قدرها قدر الازار السابغ أومايقطع قميصا يجزئ والالم يجزه من الكسوة وهذا كله اذا كسا رجلا فأما اذا كسا امرأة قال الطحاوي يزيد فيه الخمار لان رأسها عورة لاتجوز الصلاة اذا كانت مكشوفة اه قال الكمال وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لايكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وإنما ظاهر الجواب ماثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بنى عدم إجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها فانه لادخل له في الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ماذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا وخمارا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لاشك في ثبوت اسم انها مكتسية لاعريانة ومع هذا لاتصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أولا اه (قوله ولكن مالايجزيه عن الكسوة الخ) قال الكمال ثم ظاهر المذهب أنه لايشترط للاجزاء عن الاطعام أن ينوي به عن الاطعام وعن أبي يوسف لايجزيه الا أن ينويه عن الاطعام اه

الله لأفعلن كذا لان حذف الحرف متعارف بينهم اختصارا ثم اذا حذف الحرف ولم تعوض منه هاء التنبيه ولاهمزة الاستفهام ولاقطع ألف الوصل لم يجز الخفض الا في اسم الله بل ينصب باضمار فعل أو يرفع على أنه خبر ابتداء مضمر الافي اسمين فانه التزم فيهما الرفع وهما أيمن الله ولعمر الله قال رحمه الله (وكفارته تحرير رقبة أواطعام عشرة مساكين كهما في الظهار أوكسوتهم بما يستر عامة البدن) لقوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين أوكسوتهم الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وقوله كهما في الظهار أى كالاطعام والتحرير في الظهار وقد بيناهما هنالك وقوله أوكسوتهم بما يستر عامة البدن أى كسوة عشرة مساكين بثوب يستر عامة الجسد وهو بيان أدنى الكسوة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما والمروي عن محمد رحمه الله أن أدناه مايجوز به الصلاة حتى يجوز السراويل عنده لان لابسه شرعا اذ الواجب عليه ستر العورة وقد أقامه وروي عنه أنه لايجوز ان أعطى المرأة ذلك القدر والصحيح الاول لان لابسه يسمى عريانا في العرف وهو المعتبر في المطلقات وذلك قميص أو ازار أورداء ولكن مالايجزيه عن الكسوة

يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة ولا يجوز الجمع فيه بين الكسوة والاطعام بخلاف جزاء الصيد حيث يجوز الجمع فيه بين الاطعام والصوم والهدى على ما بينا من قبل فى المناسك وأجازوا هنا اعتبار القيمة فى المنصوص لاختلاف المقصود ولم يجيزوا ذلك فى الاطعام حتى لا يجوز اقامة البر مقام التمر لاتحاد المقصود وهو الاطعام ولا يشترط فيه جعله عن الاطعام فى الظاهر خلافا لما يروى عن أبى يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز نوى أو لم ينو قال رحمه الله (فان عجز عن أحدهما صام ثلاثة أيام متتابعة) وقال الشافعى رحمه الله يتخير لاطلاق النص ولا يلزم حمل هذا المطلق على المقيد بالتتابع فى كفارة الظهار وكفارة القتل لان ذلك اذا كان غير متعارض بين التقييدين وأما اذا تعارضا فلا لان حمله على أحدهما ليس بأولى من حمله على الآخر وهنا تعارضا لان كفارة الظهار مقيدة بالتتابع وكذا كفارة القتل وصوم المتعة مقيد بالتفريق فتعارضا فبقى المطلق على اطلاقه لعدم الاولوية ولنا قراءة ابن مسعود وأبى "ثلاثة أيام متتابعات" فجاز التقييد بها لانها مشهورة فصارت كخبره المشهور ولا يلزمنا أنا لا نحمل المطلق على المقيد لان ذلك اذا كانا فى السبب أو فى حكمين وأما اذا كانا فى حكم واحد فنحمله وقوله صوم المتعة مقيد بالتفريق ممنوع بل هو مطلق وانما لا يجوز صوم السبعة فى أشهر الحج لان وقته لم يدخل لانه معلق بالرجوع ألا ترى أنه لو صامه فيها متفرقا لا يجوز أيضا ثم الفقر واليسار يعتبر وقت التكفير عندنا وقال الشافعى رحمه الله يعتبر عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم أعسر جاز له التكفير بالصوم عندنا وبعكسه لا يجوز وعنده على العكس هو يعتبره بالحد فانه يعتبر فيه التنصيف بالرق وقت الوجوب ولنا أن الصوم بدل عن التكفير بالمال فيعتبر فيه وقت الاداء كالتيمم بدل عن الماء فيصار اليه عند عدم الماء وقت الاستعمال والشرط فى الموضعين عدم الاصل بالنص بخلاف الحد فان حد العبد ليس ببدل عن حد الاحرار قال رحمه الله (ولا يكفر قبل الحنث) يعنى لا يجوز التكفير قبل الحنث وقال الشافعى رحمه الله يجوز التكفير بالمال قبل الحنث لقوله عليه الصلاة والسلام "اذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير" رواه النسائى وأبو داود وهذا صريح فى جواز تقديم الكفارة لان كلمة ثم للترتيب ولانه أداها بعد وجود السبب وهو اليمين بدليل اضافتها اليها فيجوز كما لو كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح وكما اذا كفر بعد الظهار وقبل العود ولان الوجوب حاصل بالسبب ووجوب الاداء متراخ عنه بالشرط والمالى يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب أدائه أما البدنى فلا يحتمل الفصل فلما تأخر الاداء لم يبق الوجوب لان الفعل لما وجب وجب أداؤه اذ الصوم هو الاداء بعينه بخلاف المالى لان المال مع الفعل متغايران فجاز أن يتصف المال بالوجوب ولا يثبت وجوب الاداء ألا ترى أن الثمن يجب بمجرد البيع ولا يجب الاداء ما لم يطالب وكذا فى الديون المؤجلة يجب المال ولا يجب الاداء ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث واليمين ليست بسبب لوجوب الكفارة لان أدنى درجات السبب أن يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون سببا له ولهذا لا يجب الا بعد انتقاض تركيب اليمين بالحنث ويستحيل أن يقال فى شئ إنه سبب لحكم لا يثبت ذلك الحكم الا بعد انتقاضه بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت ولهذا يجامعه الموت وهنا يستحيل اجتماعهما وبخلاف كفارة الظهار لان الكفارة فيه لرفع الحرمة وهى ثابتة قبل العود وفى اليمين لستر الجناية وهى معدومة قبل الحنث ولئن قلنا إنه سبب فانما يصير سببا له وقت الحنث وقبله سبب للبر وكم من شئ يكون سببا للشئ ثم يجعله الناس سببا لغيره كانزال القرآن للهدى والكفار جعلوه سببا للضلال وتأويل ما رواه ان صح أن كلمة ثم فيه بمعنى الواو لانها قد تكون بمعنى الواو كقوله تعالى فك

(قوله يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة) قال الاتقانى ولو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل انسان منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجز من الكسوة وأجزأ من الاطعام اهـ (قوله فى المتن فان عجز عن أحدهما) يعنى اذا حنث الرجل فى يمينه وهو معسر لا يجد ما يعتق أو يكسو أو يطعم فعليه صيام ثلاثة أيام متتابعة اهـ (قوله فانه يعتبر فيه التنصيف بالرق وقت الوجوب) فلو زنى العبد ثم أعتق يقام عليه حد العبيد اهـ (قوله والشرط فى الموضعين عدم الاصل بالنص) قال تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وقال تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا اهـ (قوله وقال الشافعى يجوز التكفير بالمال قبل الحنث) أى دون الصوم اهـ وعنه فى التكفير بالصوم قبل الحنث روايتان اهـ اتقانى (قوله بدليل اضافتها اليها) قال تعالى ذلك كفارة ايمانكم اهـ فيقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى أسبابها اهـ كافى قال الكمال وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكما شرعيا أو متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذى هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز فى الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذى هو ملك النصاب وكما فى تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا أن لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفى الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعنى أن تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا فى المالية كالزكاة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان أو مالا وهو ظاهر الاحاديث التى يستدل بها على التقديم اهـ (قوله واليمين مانعة من الحنث محرمة له) أى لانها تنعقد للبر لا للحنث اهـ

(قوله ثم كان من الذين امنوا) قال فى التيسير ان ثم هنا لترتيب الاخبار لا لترتيب الوجود أى ثم أخبركم ان هذا لمن كان مؤمنا اه كشف
(قوله ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير) وان كان لا يقع عن الكفارات قبل الحنث اه (قوله لانه وقع صدقة تطوعا) فليس له أن يستردها
منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شئ آخر (١١٤) وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله اه فتح (قوله فى المتن

رقبة أو اطعم فى يوم ذى مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين آمنوا اتقديره وكان قبل ذلك لان الاعمال الصالحات قبل الايمان لا يعتد بها ولهذا لا يجب عليه التكفير قبل الحنث ولو كان كما قاله لوجب التكفير أولا ثم الحنث بعده مفصولا للامر به بكلمة ثم على زعمه ولا يلزم من الاضافة اليه أن يكون سببا له لان الاضافة الى غير السبب كالشرط وغيره جائز ألا ترى أنه يقال كفارة الصوم وكفارة الاحرام والصوم ليس سببا لوجوبها وكذا الاحرام ولان الكفارة خلف عن البر فلا يصار اليها مادام البر باقيا ولا يعتد به ان فعله كما لا يصار الى التيمم ولا يعتد به اذا فعله مع القدرة على الماء وهذا لان الكفارة توبة قال الله تعالى فى كفارة القتل توبة من الله والتوبة قبل الجريمة لا يعتد بها كالطهارة قبل الحدث ولهذا لا يجوز التكفير بغير المال ولو كان سببا كما قال لجاز ككفارة القتل فانه يجوز بالصوم بعد الجرح وفرقه بين المالى والبدنى ساقط لان حق الله تعالى فى المالى فعل الاداء والمال آلته وانما يقصد عين المال فى حقوق العباد لحاجتهم اليه ولا يقال ان الله تعالى رتب الكفارة على اليمين بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته والفاء للوصل والتعقيب فيقتضى أن تجوز الكفارة بعد اليمين متصلا بها وقال ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم جعلها كفارة اليمين ورتبها على الحلف لا على الحنث لانا نقول الحنث مضمر فيه تقديره فكفارته اذا حنثتم وتقدير الاخرى اذا حلفتم وحنثتم كما أضمر الفطر فى قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أى فأفطر فعدة من أيام أخر وكقوله اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا أى اذا قمتم اليها وأنتم محدثون ولو كان كما قاله لما اختص بالمالى على ماذكرنا ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير لانه وقع صدقة تطوعا كما اذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال قال رحمه الله (ومن حلف على معصية ينبغى أن يحنث ويكفر) أى يجب عليه أن يحنث لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا فى معصية ولا فى قطيعة رحم رواه النسائى وأبو داود وهو محمول على نفى الوفاء بالمحلوف عليه ولان البر معصية أيضا كالحنث لهتك حرمة الاسم فيجب المصير الى أخفهما اثما وهو الحنث لانه مرخص له شرعا بما رويناه وما يلزم من المعصية فى البر ليس بمرخص له فوجب الاخذ بالمرخص ولان فى الحنث فوات البر الى جابر وفى البر لزوم المعصية بلا جابر فيجب الحنث لان الفوات الى خلف كلا فوات قال رحمه الله (ولا كفارة على كافر وان حنث مسلما) وقال الشافعى رحمه الله تجب عليه الكفارة وان حنث كافرا لان اليمين يعقد للبر وهو أهل له لان البر يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف فى الدعاوى والخصومات ولنا قوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر انهم لا أيمان لهم ولانه ليس بأهل لليمين لان المقصود منها البر تعظيما لله تعالى والكافر ليس من أهله لانه هاتك حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان والبر لا يتحقق الا من المعظم بخلاف الاستحلاف فى الخصومات لانه أهل لمقصوده وهو النكول أو الاقرار وليس بأهل الكفارة لانها عبادة ستارة كاسمها ومعنى العقوبة فيها تابع ويستحيل منه العبادة لانه ليس بأهل لها ولا لحكمها وهو الثواب فلا يشرع فى حقه أصلا قال رحمه الله (ومن حرم ملكه لم يحرم) أى من حرم على نفسه شيأ مما علكه بأن يقول مالى على حرام أو ثوبى أو جاريتى فلانة أو ركوب هذه الدابة لم يصر محرما عليه لذاته لانه قلب المشروع وتغييره ولا قدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف فى ذلك بالتبديل قال رحمه الله (وان استباحه كفر) أى ان أقدم على ما حرمه يلزمه كفارة اليمين لانه ينعقد به يمينا فصار حراما لغيره وقال الشافعى رحمه الله لا كفارة عليه لانه قلب الموضوع على ماذكرنا فلا ينعقد بها اليمين الا فى النساء والجوارى ولنا قوله تعالى يا أيها النبى

ومن حلف على معصية) مثل أن لا يصلى أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا اه فتح (قوله فى المتن ينبغى أن يحنث ويكفر) قال الكمال رحمه الله واعلم ان المحلوف عليه أنواع فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شئ غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث أفضل لان الرفق أيمن وكذا اذا حلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه ان لم يواف غدا لان العفو أفضل وكذا تيسر المطالبة أو على شئ وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر فى هذا وحفظ اليمين أولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا أيمانكم على ما هو المختار فى تأويلها انه البر فيها أمكن اه (قوله ويكفر) ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى المتن اه (قوله ابن آدم) ليس فى خط الشارح اه (قوله فى المتن ولا كفارة على كافر وان حنث مسلما) وقال فى الشامل وكذا لو حلف ثم ارتد ثم أسلم فحنث لا يلزمه شئ اه (قوله وقال الشافعى تجب عليه الكفارة) قال فى شرح الاقطع قال الشافعى تنعقد يمينه فان حنث حال كفره كفر بالعتق والكسوة والاطعام دون الصوم وان حنث بعد اسلامه كفر بالصوم ان كان معسرا اه اتقانى لم
(قوله فى المتن ومن حرم ملكه لم يحرم) ضبطه الرازى بالقلم بضم حرف المضارعة وفتح الحاء المهملة وفتح الراء المشددة اه (قوله أى ان أقدم على ما حرمه) يعنى عامله معاملة المباح اه (قوله فلا ينعقد به اليمين) أى لانه عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع اه

لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم وقال أنس رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له أمة يطؤها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه فأنزل الله عز وجل يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك الى آخر الآية رواه النسائى وقال ابن عباس رضى الله عنهما اذا حرم الرجل امرأته فهى يمين يكفر بها وقال لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة متفق عليه وفى لفظ أنه أتاه رجل فقال انى جعلت امرأتى على حراما فقال كذبت ليست عليك بحرام ثم تلا هذه الآية يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك عليك أغلظ الكفارات عتق رقبة رواه النسائى وقيل انه عليه الصلاة والسلام كان حرم العسل على نفسه والتمسك بالنص ظاهر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم لما صار يمينا فى الجوارى صار فى جميع المباحات أيضا يمينا دلالة اذ لا فرق بين مباح ومباح ولان لفظه يقتضى أن تكون الحرمة ثابتة لعينها الا أنه ليس له ذلك لما ذكرنا فثبتت الحرمة لغيره كما هو موجب اليمين فان المحلوف عليه حرام من حيث انه يحنث وان كان فعله مباحا فى نفسه ولان حرمة الحلال سبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص على السبب مجازا ولو وهب ما جعله حراما أو تصدق به لم يحنث لان المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لا حرمة الصدقة والهبة وقوله ومن حرم ملكه وقع اتفاقا لانه لا يشترط فى اليمين أن يكون مما لكه حتى لو قال مال فلان أو ماله على حرام يكون يمينا الا اذا أراد به الاخبار عن الحرمة قال رحمه الله (كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب) العرف الا أن ينوى غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ من يمينه وهو قول زفر رحمه الله لان كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ من يمينه وهو التنفس ونحوه وجه الاستحسان أن المقصود هو البر ولا يحصل ذلك مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره فاذا سقط ينصرف الى الطعام والشراب للتعارف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا ينصرف اليمين عن المأكول والمشروب لما فيه من التخفيف وهذا كله جواب ظاهر الرواية قال رحمه الله (والفتوى على انه تبين امرأته من غير نية) لغلبة الاستعمال فيه وان لم يكن له امرأة ذكر فى النهاية معزيا الى النوازل أنه يجب عليه الكفارة وكذا ينبغى فى قوله حلال بروى حرام واختلفوا فى قولهم هرجه بردست راست كيرم بروى حرام فى أنه هل يشترط فيه النية والاظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال رحمه الله (ومن نذر نذرا مطلقا أو معلقا بشرط ووجد وفى به) أى وفى المنذور وهذا اذا سمى شيأ وان لم يسم فعليه كفارة يمين فيهما أعنى فى المطلق والمعلق لكن يجب فى الحال فى المطلق وعند وجود الشرط فى المعلق لان المعلق كالمنجز عنده وقد بينا المسئلة وتفصيلها فيما تقدم قال رحمه الله (ولو وصل بحلفه ان شاء الله بر) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه النسائى والترمذى وعن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة وشرط أن يكون موصولا لانه بعد الانفصال

(قوله الا أن ينوى غير ذلك) فاذا أكل أو شرب يحنث ولا يحنث بجماع زوجته اه فتح (قوله فانه) أى هذا اللفظ الخ اه فتح (قوله يستعمل فيما يتناول عادة) وهو الطعام والشراب وظهر أن ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب أخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ اه فتح (قوله ولا يتناول المرأة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم) أى فى غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها فى الارادة بخلاف نحو اسقينى اذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية اه فتح (قوله واذا نواها كان ايلاء) وذلك لان اليمين فى الزوجات ايلاء فان جامعها فى المدة كفر عن يمينه وان لم يقربها حتى مضت مدة الايلاء بانت بالايلاء اه غاية (قوله ولا ينصرف اليمين عن المأكول والمشروب) حتى اذا أكل أو شرب يحنث كما اذا قرب اه غاية (قوله فى المتن والفتوى على انه تبين امرأته من غير نية) قال فى الهداية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى قال فى الغاية اراد بهم مشايخ بلخ كأبى بكر الاسكاف وأبى بكر بن أبى سعيد والفقيه أبى جعفر حيث قالوا يقع الطلاق وان لم ينوه قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس فى زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق قال فى الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ فى قوله حلال الله على حرام واختار الفقيه أبو الليث انه ينصرف الى الطلاق من غير نية وقال فيها أيضا وفى فتاوى النسفى حلال المسلمين على حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف اه ما قاله فى الغاية وكتب ما نصه قال الكمال رحمه الله تعالى قال البزدوى فى مبسوطه هكذا قال بعض مشايخ سمرقند ولم يتضح لى عرف الناس فى هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلفون والمسئلة لو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح أن يقيد الجواب فى هذا ونقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين (واعلم) أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا أيضا الحرام يلزمنى ولا شك فى أنهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أو لافعلن كذا وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهى طالق ويجب امضاؤه عليهم انتهى ولو قال حلال الله على حرام وله امرأتان يقع الطلاق على واحدة واليه البيان فى الاظهر كقوله امرأتى طالق وله امرأتان أو أكثر اه كافى

(قوله وعن ابن عباس انه كان يجوز الاستثناء المنفصل) أى الى ستة أشهر اه كافى (قوله وأراد بقوله) أى المصنف اه

﴿ باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى والاتيان وغير ذلك ﴾

لما كان انعقاد اليمين على فعل شئ أو ترك شئ ذكر الافعال التى تنعقد عليها اليمين بابا بابا الا أنه قدم هذا الباب على غيره لانه أهم لان الانسان محتاج الى مسكن يدخل فيه ويستقر ثم يترتب على ذلك سائر الافعال من الاكل والشرب واليه اشار الله تعالى بقوله جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء وأنزل من السماء ماء فاخرج به من الثمرات رزقا لكم وفى هذه الآية ذكر الرزق بعد جعل الارض فراشا قاله الاتقانى انتهى قال الكمال وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول فى مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه انتهى (قوله اعلم أن الايمان عندنا مبنية على العرف) لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفى أعنى الالفاظ التى يراد بها معانيها التى وضعت لها فى العرف كما أن العربى حال كونه بين (١١٦) أهل اللغة انما يتكلم بالحقائق بلغته فوجب صرف لفاظ المتكلم الى ما عهد أنه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم فى الفرع الذى ذكره صاحب الذخيرة والمرغينانى وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث بأنه خطا ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا فيما من الالفاظ ليس له وضع لغوى بل أخذه أهل العرف وان ما له وضع لغوى ووضع عرفى يعتبر معناه اللغوى وان تكلم به متكلم من أهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا اللغة الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذى به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من أهل اللغة أو غيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف فأما الفرع المذكور فالوجه فيه انه اذا كان نواه فى عموم بيت حنث وان لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون موجبا عرفيا له وان كان له نية شئ واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان أطلق عليها بيت فى قوله تعالى ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة وكذا المسجد فى قوله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع وكذا بيت العنكبوت وكذا الحمام ولكن اذا أطلق البيت فى العرف فانما يراد ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز اذا كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة الضيوف فى بعض القرى وفى المدن يبيت فيه بعض الاتباع فى بعض الاوقات فيحنث والحاصل أن كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للبيتوتة من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هى صفاف الكوفة أو ثلاثة على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هى صفاف ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر أن مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الدار مسقفا بخلاف ما اذا كان ساباطا وهو ما على ظاهر الباب فى الشارع من سقف له جذوع

رجوع ولا رجوع فى الايمان وعن ابن عباس أنه كان يجوز الاستثناء المنفصل لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت أى اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا ويؤدى هذا القول الى أن تكون العقود الشرعية كلها غير ملزمة واخراجها من أن تكون مقيدة لاحكامها لانه يبيع أو يتزوج أو يطلق ثم يستثنى أى وقت شاء فلو كان هذا يصح لما احتيج الى الزوج الثانى حتى تحل للاول فيما اذا طلقها ثلاثا بل كان يؤمر بالاستثناء حتى تبطل الطلقات الثلاث به وكذا بين الله تعالى ورسوله أحكام الحنث فى الايمان ولو كان الاستثناء المفصول جائزا لامر الله به حتى لا يلزمه الحنث ولا الاثم ومعنى الآية اذا نسيت فى أول كلامك فاذكره فى آخره موصولا وروى أن محمد بن اسحق صاحب المغازى كان عند المنصور فكان يقرأ عنده المغازى وأبو حنيفة رضى الله عنه كان حاضرا عنده فأراد أن يغرى الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك فى الاستثناء المنفصل فقال له أبلغ من قدرك أن تخالف جدى فقال ان هذا يريد أن يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فبارك الله لك فى عهودك اذا فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحق وأخرجه من عنده وقال لابى حنيفة رضى الله عنه استر هذا على ثم ان الاستثناء مبطل للكلام ومخرج له من أن يكون عزيمة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله هو بمعنى الشرط وعند مالك رحمه الله لا عمل للاستثناء بل يلزمه حكم اليمين وغيره لان الامور كلها بمشيئة الله تعالى ولا يتغير بذكره حكم الاول وانما يذكر تبركا والحجة عليه ما روينا وفى قوله تعالى حكاية عن قول موسى للخضر عليهما السلام ستجدنى ان شاء الله صابرا ما يرد قوله لانه لم يصبر ولم يعاتب على ذلك ولو كان كما قاله لعوتب لان الوعد من الانبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم وأراد بقوله بر عدم الانعقاد لان فيه عدم الحنث كالبر وأطلق عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى والاتيان وغير ذلك)

اعلم أن الايمان عندنا مبنية على العرف وعند الشافعى على الحقيقة لان الحقيقة أحق بالارادة

وعندمالكٌ على معانى كلم القرآن لانه نزل على أصح اللغات وأفصحها قلنا ان غرض الحالف ماهو المعهود المتعارف عنده فيتقيد بغرضه ولهذا لوحلف لايجلس على الفراش أو على البساط أو لايستضىء بالسراج لايحنث بجلوسه على الارض ولا بالاستضاءة بالشمس قال رحمه الله (حلف لايدخل بيتا لايحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة والكنيسة والدهليز والظلة والصفة) لان البيت ماأعد للبيتوتة وهذه البقاع مابنيت لها وقيل اذا كان الدهليز بحيث لوأغلق الباب يكون داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة والظلة هى الساباط الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وهى ليست ببيت لانه لايبات فيها وكذا اذا كان فوقها بناء الا أن مفتحه الى الطريق لايحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته وذكر صاحب الحصر أن الظلة هى التى أحد طرفى جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الدار المقابل وفى المغرب الظلة كل ماأظلك من بناء أو جبل أو سحاب أى سترك وألقى ظله عليك وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التى فوق الباب وفى طلبة الطلبة وهى التى تظل عند باب الدار وفى الصحاح كهيئة الصفة وفى الجامع الصغير يحنث بدخول الصفة لانها تبنى للبيتوتة فيها فى الصيف قيل هذا على عرف أهل الكوفة لان صفافهم كانت ذات حوائط أربعة والظاهر من عرف ديار صاحب هذا المختصر لاتبنى على هيئة البيوت بل تبنى ذات حوائط ثلاثة على ماهو المعتاد فلا يكون بيتا فلهذا قال لايحنث ويمكن أن لايحنث مطلقا عنده كما ذكر فى المبسوط أنها لايطلق عليها اسم البيت بل ينفى عنها فيقال هذه صفة وليست ببيت وقال صاحب النهاية الاصح عندى أن يحنث لان البيت اسم لشئ مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة فيه وهذا موجود فى الصفة الا أن مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها الا أن يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق بينه وبين الله تعالى لانه نوى تخصيص العام بنيته قال رحمه الله (وفى دار بدخولها خربة وفى هذه الدار يحنث وان بنيت دارا أخرى بعد الانهدام) أى فى حلفه لايدخل دارا لايحنث بدخول الدار الخربة وفيما اذا قال لاأدخل هذه الدار يحنث اذا دخلها بعدما انهدمت ولو بنيت دارا أخرى بعد ذلك لان الدار اسم العرصة فى كلام العرب يقال دار عامرة ودار غامرة قال لبيد

عفت الديار محلها فمقامها * بمنى تأبد غولها فرجامها

وقال النابغة

يادارمية بالعلياء فالسند * أقوت وطال عليها سالف الامد

والبناء وصف فيها غير أن الوصف فى المعين لغو ان لم يكن داعيا الى اليمين وحاملا عليها وان كانت حاملة على اليمين تعتبر الصفة فتتقيد بها اليمين كمن حلف لايأكل هذا البسر أو هذا الرطب فصار تمرا أو رطبا فأكله لايحنث الا اذا كانت الصفة مهجورة شرعا فحينئذ لاتعتبر وان كانت حاملة كمن حلف لايكلم هذا الصبى

أطرافها على جدار الدار المقابل له وسيأتى أن السقف ليس شرطا فى مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا انتهى كمال رحمه الله (قوله وعند مالك على معانى كلم القرآن) أى وعند أحمد على النية مطلقا انتهى كمال بالمعنى (قوله فى المتن والبيعة والكنيسة) ثم البيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود قال القتبى فى تفسيره لهدمت صوامع الصابئين وبيع النصارى وصلوات يريد وبيوت صلوات يعنى كنائس اليهود ومساجد المسلمين ونقل فى خلاصة الفتاوى عن الاصل لوحلف لايسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر أو فسطاطا أو خيمة لايحنث ان كان الحالف من أهل المصر وان كان من أهل البادية يحنث انتهى (قوله وهذه البقاع مابنيت لها) قال الاتقانى رحمه الله والمعتبر فى الايمان العادة دون ألفاظ القرآن فلهذا لم يحنث بالدخول فيها وان أطلق عليها اسم البيت فى القرآن كقوله فى الكعبة ان أول بيت وضع للناس وكقوله فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه وماذكر بعضهم فى شرحه منقولا عن الفوائد الظهيرية انه اذا حلف لايهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت يحنث فذلك سهو لكونه مخالفا للاصل الذى ذكرنا ولكونه مخالفا للرواية ألاترى أن الشيخ أبانصر قال وان حلف لايخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لايحنث وان سماه الله بيتا ذكره فى مسئلة لايأكل لحما فأكل السمك لم يحنث وسيأتى فى كلام الشارح عند قوله والرأس مايباع فى مصره انه يحنث بهدم بيت العنكبوت انتهى (قوله فى المتن وفى دارا بدخولها خربة) قال الرازى قوله فى دارا عطف على قوله بيتا وقوله بدخولها الباء تتعلق بمحذوف وهو لايحنث اه (قوله يحنث اذا دخلها بعدما انهدمت) يعنى وصارت صحراء اه هداية (قوله لان الدار اسم للعرصة) أى عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة فى العجم والعرب اه فتح (قوله والبناء وصف فيها) والصفة فى المنكر معتبرة لان الغائب يعرف بالوصف فتعلقت اليمين بدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة اه رازى (قوله غير أن الوصف فى المعين لغو) لان الاشارة أبلغ فى التعريف فأغنت عن الوصف الذى وضع للتوضيح فاستوى وجودها وعدمها وتعلقت اليمين بذاتها وذاتها باقية بعد انتقاض الحيطان بالدخول فيها وكذا اذا خربت وبنيت دارا أخرى لان ذاتها لم تتبدل اه قاله الرازى (قوله لايحنث الا اذا كانت الصفة مهجورة شرعا) قال الكمال بعد أن ساق جملة من أبيات العرب فهذه الاشعار ومالايحصى كثرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لايريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التى ذكروها

لم يكن فيها بناء أصلا بل هي عرصات منزولات يضعون فيها الاخبية لا الابنية الحجر والمدر فصح أن البناء وصف فيها غير لازم وانما اللازم فيها كونها قد نزلت غير أنها في عرف أهل المدن لا يقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها فأما اذا انمحت الابنية بالكلية وصارت ساحة فالظاهر أن اطلاق اسم الدار في العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان والحقيقة أن يقال كانت دارا وإذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بان صارت لا بناء بها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال في مقابله فيما اذا حلف (١١٨) لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما صارت صحراء حنث وانما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم اذا توارد حكمهما على محل فأما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر الا أن يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعني معتبرا فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفي الغائب معتبر لانه المعرف له اه (قوله لا يحنث بدخوله فيه) وكذا اذا غلبت عليها دجلة أو الفرات فصارت بحرا أو نهرا فدخلها لا يحنث اه اتقاني (قوله وكذا لو بنيت) أي الدار بنيت دارا مرة أخرى بعد انهدام هذه الاشياء اه (قوله لان السقف وصف فيه) وهذا يفيدك أن ذكر السقف في الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه معتاد للبيتوتة كما قدمنا والبيت لا يلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي اه كمال (قوله لم يحنث لما ذكرنا في الدار) حلف لا يجلس الى أسفل هذه الاسطوانة وهي من آجر أو جص أو حجارة فنقضت ثم بنيت ثانيا بحجارتها فجلس اليها لا يحنث وكذا الحائط اه قاضيخان ولو حلف لا يدخل هذه الدار فعثر على الباب وزلقت رجله ووقع في الدار اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث لانه لم يقع في الدار باختياره فصار كما لو دخل مكرها أو هبت به الريح وألقته في الدار وكذا اذا كان على دابة فانفلتت ولم يستطع امساكها فأدخلته في الدار لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فقام على حائط من حيطانها حنث في يمينه لان الحائط من جملة الدار وتدخل في بيع الدار من غير ذكر وقال الشيخ الامام محمد بن الفضل هذا اذا كان لصاحب الدار فأما اذا كان الحائط مشتركا لا يحنث كما لا يحنث لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره وكذا

لا يتقيد اليمين بزمان صباه لان صباه وان كان حاملا على اليمين لكن هجر الصغير لاجل صغره مهجور شرعا قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي ترك الكلام له ترك الترحم عليه فكان مهجورا فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة فصار كأنه قال لا أكلم هذا فان قيل لو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تنفذ على الموكل وعلى قياس ما قلتم وجب أن لا ينفذ عليه لان الصفة في المنكر معتبرة قلنا في الوكالة تعرفت من وجه لان الوكالة بشراء دار لا تصح الا اذا بين الثمن والمحلة وهي في اليمين منكرة من كل وجه فافترقا فان قيل لا يخلو إما أن تكون الصفة داخلة في اليمين أو لا فان كانت داخلة وجب أن لا يختلف بين المنكر والمعرف وان لم تكن داخلة فكذلك أيضا كمن حلف لا يكلم رجلا فان يمينه لم يتقيد بشيء من أوصاف الرجال قلنا صفة البناء في الدار متعينة لعدم مازاحمها من الاوصاف بخلاف الرجل فان الاوصاف فيه متزاحمة فتقييده بالكل محال وليس البعض أولى من البعض فسقط الكل وقال أبو الليث ان كانت اليمين بالفارسية لا يحنث الا بدخول المبنية قال رحمه الله (وان جعلت بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا كهذا البيت فهدم أو بني آخر) يعني فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فخربت فجعلت بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا يحنث بدخوله فيه كما لا يحنث بدخوله فيما اذا حلف لا يدخل هذا البيت فهدم ثم دخله أو بني بيتا آخر فدخله لانها لم تبق دارا بعدما اعترض اسم آخر عليها لان بقاء الاسم يدل على بقاء المسمى وزواله على زواله بخلاف ما اذا بنيت دارا لان الاسم كان باقيا وهي صحراء حتى يحنث بالدخول فيها فاذا بنيت لم يتبدل اسمها ولو انهدم الحمام ونحوه فدخله لم يحنث وكذا لو بنيت دارا بعد انهدام هذه الاشياء لانه بالانهدام لم يعد اسم الدار لبقاء اسم المسجد والحمام ونحوه فيه وان عاد الاسم بالبناء لكنه بصفة جديدة فكان غير المحلوف عليه والبيت اسم لما يبات فيه وبعد الانهدام زال الاسم لانه لا يصلح للبيتوتة فيه حتى لو سقط السقف وبقيت الحيطان فدخله يحنث لان السقف وصف فيه كالبناء في الدار ولو بني بيتا آخر بعدما انهدم فدخله لم يحنث لما ذكرنا في الدار قال رحمه الله (والواقف على السطح داخل) أي الواقف على سطح الدار هو داخل الدار حتى لو حلف لا يدخل دار فلان فوقف على السطح يحنث لان السطح من الدار ألا ترى أن لسطح المسجد حكم المسجد حتى لا يبطل الاعتكاف بالصعود عليه ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يجوز التخلي فيه والمختار أن لا يحنث في العجم لان الواقف على السطح لا يسمى داخلا عندهم وعلى هذا لو رقي على شجرة في الدار أو على حائط الدار لا يحنث عندهم ودهليز الدار كدهليز البيت على ما ذكرنا من التفصيل غير أنه لم يشترط أن يكون مسقفا هنا لان اسم الدار يتناوله بدونه وبدون البناء بخلاف البيت قال رحمه الله (وفي طاق الباب لا) أي الواقف في طاق الباب ليس بداخل حتى لو حلف لا يدخل هذه الدار أو هذا البيت فوقف على طاق الباب لا يحنث هنا اذا كان بحيث لو أغلق الباب كان خارجا لان الباب وتركيب الغلق لاحراز ما في الدار والبيت فما كان داخلا فهو منهما لوجود المعنى فيه والا فلا ولو أدخل احدى رجليه دون الاخرى ان استوى الجانبان أو كان الجانب الخارج

أسفل لم يحنث وان كان الجانب الداخل أسفل حنث لان اعتماد جميع بدنه على رجله التي في الجانب الاسفل فتعتبر تلك دون الاخرى ولو دخل كنيفها وهو شارع الى الطريق ومفتحه من داخل حنث لانه من توابع الدار وفي الكافي لو حلف لايدخل بيت فلان ولانية له فدخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت لان شرط حنثه الدخول في البيت ولم يوجد ثم قال وهذا في عرفهم وأما في عرفنا فالدار والبيت واحد فيحنث ان دخل صحن الدار وعليه الفتوى ولو حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود فيها حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس أن يحنث لان للدوام حكم الابتداء وجه الاستحسان أن الدخول عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل ولم يوجد ولو قال لادخلن هذه الدار غدا فمكث فيها حتى مضى الغد حنث لما ذكرنا أنه عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل ولم يوجد ولو نوى بالدخول الاقامة فيها دين لانه من محتملات كلامه قال رحمه الله (ودوام اللبس والركوب والسكنى كالانشاء لادوام الدخول) يعني ادوام هذه الاشياء حكم الابتداء حتى لو حلف لايلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لايركب هذه الدابة وهو راكبها أو لايسكن هذه الدار وهو ساكنها واستمر على ما كان حنث لان لهذه الافعال دواما بحدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول فانه لايقال دخلت يوما بمعنى التوقيت وكذا لايقال لمن هو داخل الدار ادخل هذه الدار ولاتدخل ويقال للقاعد اقعد وكذا يقال له لاتقعد وكذا في نظائره قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين أي لاتمكث وقال عليه الصلاة والسلام ولاتتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك فدل على أن ادوامه حكم الابتداء ولهذا لو قال لامرأته كلما ركبت فانت طالق في حال ركوبه فمكث ساعة ولم ينزل طلقت وان مكث ساعة أخرى طلقت أخرى والفارق بينهما أن كل مايصلح امتداده له دوام كالقعود والقيام والنظر ونحوه ومالايمتد لادوام له كالخروج والدخول ولو نزل من الدابة للحال أو نزع الثوب أو انتقل للحال لايحنث وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود اللبث والركوب والسكنى بعد اليمين وان قل وذلك كاف للحنث ولنا أن اليمين يعقد للبر ولايمكن تحقيق البر الا باستثناء هذه المدة فلا تدخل في اليمين للضرورة وهذا لان الشارع أمر بالبر ونهى عن الحنث بقوله واحفظوا أيمانكم وبقوله ولاتنقضوا الأيمان بعد توكيدها فلو لم يستثن زمن البر لكان تكليفا بما ليس في الوسع فكان مردودا بالنص فان قيل اليمين كما يعقد للبر يعقد للحنث أيضا كما في قوله لأمسن السماء قلنا هناك أيضا عقدت للبر لتصور البر حقيقة وان لم يتصور عادة وانما يحنث بعد انعقاده للعجز عادة لا لانها عقدت للحنث قال رحمه الله (لايسكن هذه الدار أو البيت أو المحلة فخرج وبقي متاعه وأهله حنث) أي لو حلف لايسكن هذه الاشياء فخرج بنفسه ولم يرد الرجوع وبقي متاعه فيها حنث لان يمينه انعقدت على السكنى وهي تكون بنفسه وعياله ومتاعه فما لم يخرج الكل فهو ساكن فيها عرفا لان السكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام فان من يقعد في المسجد أو في السوق لايعد ساكنا فيه لعدم ماذكرنا وهي تكون بهذه الجملة وضدها وهو عدم السكنى يكون باخراجها وان أبت المرأة أن تنتقل وغلبته وخرج هو ولم يرد العود اليه أو منع هو من الخروج بان أوثق أو منع متاعه فتركه أو وجد باب الدار مغلقا فلم يقدر على فتحه ولا على الخروج منه لم يحنث بخلاف ما اذا قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج أو قال لامرأته ان لم تجيئي الليلة الى البيت فأنت طالق فمنعها والدها حيث تطلق فيهما في الصحيح لان شرط الحنث في مسئلة الكتاب الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه أثر في اعدام الفعل والشرط في تلك المسئلة عدم الفعل ولا أثر للاكراه في ابطال العدم ولو كانت اليمين في جوف الليل فلم يمكنه الخروج حتى أصبح لم يحنث ولو اشتغل بطلب دار أخرى لينقل اليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث لانه لايعد ساكنها وكذا لو خرج لطلب دابة لينقل عليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث وكذا لو كانت أمتعته كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه وهو يمكنه أن يستكري دابة فلم يستكر لم يحنث هذا اذا كان الحالف ذا عيال منفردا بالسكنى وأما

لو قام على سطح الدار حنث قيل هذا في عرفهم الصعود على السطح والحائط لايسمى دخولا فلا يحنث والصحيح جواب الكتاب اه شرح الجامع الصغير لقاضيخان (قوله ولم يوجد) أي الدخول الذي حلف على ايجاده في الغد اه (قوله بخلاف ما اذا قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فانت طالق) قال الامام قاضيخان رحمه الله في فتاواه في كتاب الطلاق في باب التعليق رجل قال لاصحابه ان لم أذهب بكم الليلة الى منزلي فامرأته طالق فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم اللصوص وحبسوهم قالوا لايحنث في يمينه وهذا الجواب يوافق قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أصل المسئلة اذا حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم فاهراقه قبل مضي اليوم لايحنث عندهما اه قلت وتخريج هذا الفرع على مسئلة الكوز انما يأتي على ما اختاره قاضيخان وصححه من أن الذهاب بمعنى الاتيان فلا يحنث فيما اذا حلف لايأتي مكة بمجرد الذهاب بل انما يحنث بالوصول اليها أما من جعل الذهاب بمعنى الخروج كما مشى عليه في الكنز فلا يحتاج الى التخريج على مسئلة الكوز فانه يبر بمجرد الذهاب وان لم يصل الى منزله والله الموفق اه (قوله حيث تطلق فيهما) أي فيما اذا قال ان لم أخرج أو قال ان لم تجيئي اه من خط الشارح

(قوله أحسن وأرفق بالناس) أى فى نفى الحنث عنهم ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافى على أن الفتوى على قول أبى يوسف ولاشك أن المراد هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف فى أنه ساكن أولا والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من أمتعته فيه مايقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقى يقال ليس ساكنا فى هذا المكان بل انتقل عنه وسكن فى المكان الفلانى اه كمال (قوله وعليه الفتوى) قال العينى والشيخ باكير والفتوى على قول محمد اه (قوله وأما اذا سلم فلا يحنث) وكذا اذا سلم داره باجارة انتهى شمنى (قوله كما اذا ركب دابة فخرجت به) أى فانه يحنث فان فعل الدابة مضاف اليه كذا هنا اه فتح (قوله فلا يحنث بفعل غيره به) لانه اخراج ولم يخرج اه اتقانى (قوله ولا تنحل به اليمين فى الصحيح) قال الاتقانى ثم فى صورة الحمل مكرها لا يحنث بالاتفاق ولكن هل تنحل اليمين أم لا فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تنحل وعليه السيد أبو شجاع فقال سئل شيخنا شمس الائمة الحلوانى عن هذا فقال تنحل اليمين وقال بعضهم لا تنحل وهو الصحيح كذا قال التمرتاشى وغيره اه قوله وعليه السيد أبو شجاع قال الكمال قال السيد أبو شجاع تنحل وهو أرفق بالناس اه وقوله وهو الصحيح وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح اه كمال (قوله بخلاف ما اذا هدده الخ) أفاد أن صورة مسئلة الاكراه أن يخرج محمولا الا أن يخرج هو بنفسه خوفا من التهديد اه (قوله الا أنه مكره) قال الكمال رحمه الله والمراد من الاخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها لذلك لا الاكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الاكراه لا يعدم الفعل عندنا اه ﴿فرع﴾ قال قاضيخان رحمه الله رجل قال لامرأته ان خرجت من باب هذه الدار فأنت طالق فصعدت السطح فنزلت فى دار الجار ذكر فى الكتاب انه لا يحنث وقيل بأنه يحنث لان الناس يريدون به الخروج من الدار لا التقييد بالباب ولان

فكل

اذا كان ساكنا فى عيال غيره كالابن فى بيت أبيه أو بالعكس أو الزوجة فى بيت الزوج لا يحنث بترك المتاع لان المعتبر فيه سكنى نفسه لا غير هذا اذا كانت اليمين بالعربية وان كانت بالفارسية فخرج هو على عزم أن لا يعود ومتاعه فيه لا يحنث وان كان من عزمه أن يعود يحنث قال رحمه الله (بخلاف المصر) أى بخلاف ما لو كان اليمين على المصر فخرج بنفسه وترك متاعه وأهله فيه لم يحنث لانه لا يعد ساكنا فى المصر الذى انتقل عنه بخلاف الاول فان السوقى طول نهاره فى السوق ويقول اسكن سكة كذا روى ذلك عن أبى يوسف والقرية كالمصر فى الصحيح ثم قال أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار أو البيت أو المحلة لا بد من نقل المتاع كله حتى لو بقى وتد يحنث لان السكنى تثبت بالكل فتبقى ببقاء شئ منه وقد صار هذا أصلا له حتى قال ببقاء صفة السكون فى العصير يمنع من صيرورته خمرا أو ببقاء مسلم واحد فى دار ارتد أهلها يمنع من صيرورتها دار حرب فان قيل الشئ ينتفى بانتفاء جزء منه كالعشرة والدينار مثلا ينتفى هذا الاسم بانتفاء جزء منه فكان ينبغى أن تنتفى السكنى هنا بانتفاء البعض حتى لا يحنث الا بترك الجميع قلنا انما ينتفى الشئ بانتفاء بعضه اذا كان المجموع من الاجزاء كالعشرة ونحوه وأما اذا كان من الافراد فلا ينتفى بانتفاء بعضه كالرجال لا ينتفى بانتفاء بعض الرجال فانه يبقى بعد ذلك رجال أيضا والسكنى من هذا القبيل لانه يبقى ساكنا باعتبار البعض وقال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا كان الباقى يتأتى به السكنى وأما اذا بقى مكنسة أو وتد أو قطعة حصير فلا يحنث لانه لا يعد ساكنا فيها وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به السكنى لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس وقال أبو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر فلا يحنث اذا نقل الاكثر والا فيحنث وعليه الفتوى وهذا الاختلاف فى الامتعة وأما الاهل فلا بد من نقل الكل بالاجماع ولو انتقل الى السكة أو الى المسجد قالوا لا يبر استدلالا بما ذكره فى الزيادات فى كوفى انتقل باهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فاستوطنها ثم بدا له أن يعود الى خراسان فمر بالكوفة يصلى فيها ركعتين لان استيطانه الكوفة بطل بمكة وان بدا له أن يعود الى خراسان قبل أن يدخل مكة يصلى أربعا بالكوفة لان استيطانه لها باق ما لم يستحدث وطنا آخر وقال أبو الليث هذا اذا لم يسلم الدار المستأجرة الى أهلها وأما اذا سلم فلا يحنث وان كان هو والمتاع فى السكة أو فى المسجد قال رحمه الله (لا يخرج فأخرج محمولا بأمره حنث وبرضاه لا بأمره أو مكرها لا كلا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة) أى لو حلف لا يخرج من المسجد مثلا أو من غيره فأمر غيره فأخرجه محمولا حنث وان لم يأمره فأخرجه برضاه أو أخرجه مكرها لم يحنث كما لا يحنث من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لان فعل المأمور ينتقل الى الآمر فيكون مضافا اليه ولهذا لو أتلف مال انسان بأمر صاحبه لا يضمن فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به وفى الاكراه يضاف الفعل الى المكره لعدم ما يوجب النقل وهو الامر فلا يحنث بفعل غيره به ولا تنحل به اليمين فى الصحيح لعدم فعله فصار كما اذا أخرجته الريح بخلاف ما اذا هدده فخرج هو بنفسه حيث يحنث لوجود الفعل منه وهو الخروج الا أنه مكره وفعل المحلوف عليه لا يختلف بين أن يكون مكرها أو طائعا على ما ذكرنا فى أول الكتاب فصار نظير من حلف لا يأكل فأكره

فأكل بنفسه يحنث ولو حط المأكول في حلقه مكرها لا يحنث لما ذكرناه وحمله برضاه من غير أمره كحمله مكرها لانه لم يوجد منه الفعل حقيقة ولا ما يوجب النقل اليه وهو الامر وعن أبي يوسف رحمه الله فيما اذا حلف لا يخرج من دار كذا فهو على الخروج ببدنه ولو قال من هذه الدار فهو على الخروج بسكنه وأهله هو المتعارف وانما لا يحنث من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانفصال من داخل والاتيان الى حاجة أخرى عبارة عن الوصول فتغايرا فلا يحنث قال رحمه الله (لا يخرج أو لا يذهب الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لان الخروج انفصال عن الداخل الى الخارج فاذا انفصل عن وطنه قاصدا الى مكة فقد خرج اليها عرفا وان لم يصل قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية والمراد بها من مات قبل الوصول اليه ويشترط للحنث أن يجاوز عمران مصره على قصد الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل أن يجاوز العمران لا يحنث بخلاف الخروج الى الجنازة حيث يحنث فيه بمجرد الخروج من بيته لان الخروج الى مكة سفر ولا سفر قبل مجاوزة العمران ولا كذلك الخروج الى جنازة والذهاب كالخروج في الصحيح وقال نصير بن يحيى رحمه الله هو كالاتيان حتى لا يحنث ما لم يدخلها لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الاتيان ووجه الاول وهو قول محمد بن سلمة أنه بمنزلة الخروج يقال ذهب الى مكة بمعنى خرج اذا زال عن مكانه فلا يقتضي الوصول وأذهبه غيره اذا أزاله قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس أهل البيت أي ليزيله عنكم ولهذا صح أن يقال ذهب الى مكة قبل الوصول اليها كما يقال أخرج الى مكة بخلاف الاتيان هذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى أحدهما فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه قال رحمه الله (وفي لا يأتيها لا) أي في يمينه لا يأتيها لا يحنث بالخروج وانما يحنث بالوصول لانه عبارة عنه قال الله تعالى فأتيا فرعون والمراد به الوصول وقال عليه الصلاة والسلام من أتى امرأته الحائض أو أتاها في غير مأتاها أو أتى كاهنا وصدقه فيما قال فقد كفر بما أنزل على محمد عليه الصلاة والسلام ثم في الخروج والذهاب يشترط النية عند الانفصال للحنث وفي الاتيان لا يشترط بل اذا وصل اليها يحنث نوى أو لم ينو لان الخروج متنوع يحتمل الخروج اليها والى غيرها وكذا الذهاب فلا بد من النية عند ذلك كالخروج الى الجنازة بخلاف الاتيان لان الوصول غير متنوع قال رحمه الله (ليأتينه فلم يأته حتى مات حنث في آخر حياته)

باب السطح باب الدار فان عين الباب وقال ان خرجت من هذا الباب فيتقيد بذلك الباب وقال في الصغرى قال لامرأته ان خرجت من باب هذه الدار فأنت طالق فخرجت لا من باب الدار طلقت لان باب الدار يذكر ويراد به جميع الدار لكن انما خص الباب لانه المعد للخروج في مضاربة خواهر زاده ونص في مختصر الكافي بخلاف هذا فيفتي بما ذكر في المختصر وهذا على سبيل الاستقصا في الواقعات اه وذكر في تتمة الفتاوى بعد قوله فيفتي بما ذكر في المختصر ما نصه وذكر القدوري رحمه الله بخلاف هذا أيضا والمذكور في القدوري اذا حلف لا يخرج من باب هذه الدار فخرج من غير الباب لم يحنث وان نقب بابا آخر فخرج منه يحنث اه (قوله وحمله برضاه الخ) قال في الهداية ولو حمله برضاه لا بأمره لم يحنث في الصحيح قال الاتقاني أما اذا حمله فرضي به بقلبه ولم يأمره فجوابه لم يذكر في الجامع الصغير قال في شرح الطحاوي اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحنث كما اذا خرج طائعا لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج وقال بعضهم لم يحنث لانه لم يوجد فعل ينسب اليه وبهذا كان يقول الفقيه أبو جعفر وهكذا روى عن أبي يوسف في الامالي وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير أشار في الاصل الى انه لا يحنث حتى يأمره به لان حاجتنا الى اثبات الفعل وبالرضا لا يثبت الفعل وانما ينتقل اليه بالامر اه (قوله لان الخروج انفصال عن الداخل الى الخارج) أي لا عن الوصول اه (قوله ويشترط للحنث أن يجاوز عمران مصره على قصد الخروج الى مكة) كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل اه كمال (قوله والذهاب كالخروج في الصحيح) قال قاضيخان في فتاواه رجل قال لامرأته ان خرجت الى بيت أبيك فأنت كذا فخرجت ناسية ثم تذكرت فرجعت فهذه ثلاث مسائل الخروج والاتيان والذهاب قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل في الاتيان لا يحنث اذا لم تصل الى دار أبيها وفي الخروج يحنث واختلفوا في الذهاب والصحيح أن الذهاب كالاتيان قال مولانا رضي الله عنه وينبغي أن ينوي في ذلك ان نوى بالذهاب الوصول فهو على ما نوى وان نوى به الخروج فهو على ما نوى وان لم ينو شيأ يحمل على الاتيان لان الناس يريدون بهذا الاتيان والوصول اه وقال في الوقاية وذهابه كخروجه في الاصح اه (قوله فالمراد الاتيان) أي الاتيان اليه وتبليغه الرسالة اه فتح (قوله أي ليزيله عنكم) أي فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على أنه لازم في استعمالاته غاية الامر أن يكون صادقا مع الوصول وعدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين أحدهما التحقق المسمى بمجرد الانفصال اه فتح (قوله هذا) أي كون الذهاب بمعنى الخروج اذا لم ينو بالذهاب شيأ اه (قوله وأما اذا نوى أحدهما) أي الخروج أو الاتيان اه وكتب ما نصه أي بالذهاب اه (قوله ثم في الخروج الخ) قال قاضيخان في فتاواه ولو قال لها ان خرجت الى منزل أبيك فأنت طالق أو قال ان ذهبت فهو على الخروج عن قصد ولو قال لها ان أتيت فهو على الوصول قصدت الخروج الى منزله أو لم تقصد اه

(قوله حنث في آخر جزء من أجزاء حياته) قال الاتقاني وأصل هذا أن الحالف في اليمين المطلقة لا يحنث مادام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البر فاذا مات أحدهما فحينئذ يحنث لفوات البر وهنا في مسئلتنا اليمين مطلقة عن الوقت فمادام الحالف حيا يرجى وجود البر وهو الاتيان فلا يحنث فاذا مات فقد تعذر شرط البر وتحقق شرط الحنث وهو ترك الاتيان فيحنث في آخر جزء من أجزاء حياته بخلاف اليمين المؤقتة مثل أن يقول ان لم أدخل هذه الدار اليوم فعبدي حر فان اليمين تتعلق بآخر الوقت حتى اذا مات الحالف قبل خروج الوقت ولم يدخل الدار لا يحنث أما اذا فات الوقت قبل دخوله وهو حي يحنث ويعتق العبد اه (قوله في المتن ليأتينه ان استطاع الخ) أي لو حلف ليأتين زيدا غدا ان استطاع فلم يمنعه مانع من مرض أو سلطان أو عارض آخر فلم يأته حنث لان الاستطاعة في العرف سلامة الاسباب والآلات وهي موجودة قاله الرازي وقال الكمال ولو حلف أي بالله أو بطلاق أو عتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته في التعليق أن يقول امرأتي طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولا نية له تصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة أي دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان أفعال العبد مخلوقة لله تعالى ولو أراد هذه بقوله ان استطعت صحت ارادتها فاذا لم يأته لعذر منه أو لغير عذر لا يحنث كأنه قال لآتينك ان خلق الله اتياني أو الا أن لا يخلق اتياني وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والا لأتى واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول أوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر اه ثم اعلم ان الاستطاعة على قسمين أحدهما استطاعة الحال والمراد بها سلامة الآلات وصحة الاسباب وحدها التهيؤ لتنفيذ الفعل عن ارادة المختار والثاني استطاعة الفعل والمراد بها القدرة التي يحصل بها الفعل ولا تسبق الفعل وهي عرض يخلقه الله تعالى مع الفعل معا وهي علة للفعل عندنا وزعمت المعتزلة أنها سابقة على الفعل واليه ذهب أكثر الكرامية اه اتقاني رحمه الله (قوله ان نوى حقيقة القدرة التي تقارن الفعل) أي وهي التي يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند أهل السنة اه (قوله فلا يصدقه القاضي) قال الشيخ أبو نصر قال الطحاوي يصدق في القضاء وقال الشيخ أبو بكر الرازي يجب أن لا يصدق في القضاء اه اتقاني (قوله خلافا لمحمد) والفتوى على قول محمد

أي لو حلف ليأتين زيدا أو البصرة أو نحو ذلك فلم يأته حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته لان شرط الحنث فوت الاتيان وهو لا يتحقق الا بالعجز كما في البر يرجى مادام حيا قال رحمه الله (ليأتينه ان استطاع فهو على استطاعة الصحة) لان الاستطاعة في العرف سلامة الاسباب والآلات وارتفاع الموانع الحسية فعند الاطلاق ينصرف اليه لانه هو المعهود قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا والمراد بها الاستطاعة الحسية وقال الله تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ويقال فلان يستطيع كذا والمراد بها سلامة الاسباب قال رحمه الله (وان نوى القدرة دين) أي ان نوى حقيقة القدرة التي تقارن الفعل دين فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا الاسم يطلق عليها قال الله تعالى ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم وقال تعالى فما اسطاعوا أن يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا أنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وفي رواية يصدق قضاء أيضا لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق كيفما كان وهذا لانه اذا نوى الحقيقة لا يخلو اما أن يكون خلاف الظاهر أولا فان لم يكن خلاف الظاهر يصدق قضاء وديانة باتفاق الروايات وان كان خلاف الظاهر فيصدق ديانة قولا واحدا وهل يصدق قضاء أولا ففيه روايتان وعلى احداهما يخرج قوله لا يصدقه القاضي وهذا بخلاف ما اذا نوى المجاز حيث لا يصدق قضاء مطلقا الا فيما فيه تشديد على نفسه على ما عرف واذا نوى استطاعة الفعل لا يتصور حنثه أبدا لانها لا تسبق الفعل قال رحمه الله تعالى (لا تخرج الا باذني شرط لكل خروج اذن بخلاف الا أن وحتى) أي لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه يشترط الاذن في كل خروج حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بغير اذنه مرة أخرى يحنث بخلاف ما اذا قال الا أن آذن لك أو حتى آذن لك فانه بالاذن مرة تنتهي اليمين حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه لا يحنث أما الاول وهو ما اذا قال الا باذني فلانه استثنى خروجا بصفة وهو أن يكون الخروج ملصقا بالاذن لان الباء للالصاق فكل خروج لا يكون بتلك الصفة كان داخلا في اليمين وصار شرطا للحنث قال الله تعالى وما نتنزل الا بأمر ربك أي لا يوجد نزول الا بهذه الصفة ونظيره ما لو قال ان خرجت الا بملحفة أو بقناع والحيلة في ذلك أن يقول لها كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله ولو أذن لها في خرجة ثم نهاها عن تلك الخرجة يعمل نهيه بالاجماع ومحمد يعتبر العام بالخاص وأبو يوسف يقول يبطل اليمين بالعام لاستحالة بقائها مع اطلاق جميع الخروج بخلاف الخاص لان اليمين باقية في حق غيرها فيعمل النهي ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه حتى لا يحنث في المرة الثانية اذا خرجت بغير

وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله اه ولوالجي (قوله لان حقيقتها وهي أن تكون مصدرية الخ) قال الرازي وفي قوله الا أن آذن لك لا يمكن حمله على الاستثناء لان أن مع الفعل مصدر فيصير كأنه استثنى الاذن من الخروج وهذا باطل لعدم المجانسة ولا يمكن تقدير الخروج اذ لو قلت الا خروجا بأن آذن لك لاختلت فتعين مجازه وهو أن يجعل غاية لاتصال بينهما فان حكم المصدر والمغيا ينتهي بالمستثنى والغاية وما بعدهما يكون مخالفا لما قبلهما اه (قوله في المتن ولو أرادت الخروج الخ) قال الاتقاني وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في المرأة تذهب لتخرج فيقول لها زوجها ان خرجت فأنت طالق ثلاثا فتعود فتجلس ثم تخرج بعد ساعة قال لا تطلق وكذلك الرجل يريد أن يضرب عبده فيذهب ليضربه فقال له رجل ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه لم يعتق وكذلك الرجل يقول لآخر اجلس فتغد فيقول ان تغديت فعبدي حر ثم رأتى أهله في ذلك اليوم فيتغدى عندهم لم يحنث انما اليمين في ذلك على الفور اه قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير (١٢٣) واذا أرادت المرأة أن تخرج فقال لها الزوج ان خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وهذه خمس مسائل احداها هذه والثانية اذا أراد أن يضرب عبده فقال له رجل ان ضربته فعبدي حر فكف عمن ضربه ثم ضربه لم يحنث ومنها اذا قال له رجل اجلس فتغد معي فقال ان تغديت معك فعبدي حر ورجع الى منزله ثم عاد وتغدى عنده لم يحنث والقياس أن يحنث وهذه اليمين تسمى يمين الفور ووجه القياس اطلاق الكلام ووجه الاستحسان ان في مسئلة الغداء اخراج الكلام مخرج الجواب والجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فيتقيد بالغداء المدعو اليه وفي الفصلين الآخرين مقصود الحالف منع عما قصد من الخروج والضرب فيتقيد به دلالة اه وقال الكمال وهذه تسمى يمين الفور انفرد أبو حنيفة رضي الله عنه باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي أن يحلف مطلقا ومؤقتة وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر فأخرج أبو حنيفة رضي الله عنه يمين الفور وهي مؤبدة لفظا مؤقتة معنى تتقيد بالحال وهي ما يكون جوابا الكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال تعال فتغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والمسؤل الغداء في الحال فينصرف الغداء الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئا لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال والغاؤه أولى من الغاء لفظ صريح في معناه أو ما يكون بناء على أمر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكأنه قال ان خرجت الساعة اه (قوله أو ترك ضرب عبده) أي ساعة بحيث يذهب فور ذلك اه فتح (قوله ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث) وقال زفر يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس ووجه الاستحسان

بغير اذنه وانما صار محتملا له لانه يصير غاية بمعنى حتى بعد ما كان استثناء وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان ما بعدهما يخالف ما قبلهما فصحت الاستعارة وقالوا ان هذا الاذن يتقيد بحال قيام النكاح لان الاذن لا يصح الا ممن له المنع وهو الزوج كالوالي اذا استحلف رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد يتقيد بحال ولايته وهذا صحيح اذا كانت الزوجية قائمة وقت اليمين وأما اذا قال ذلك لاجنبي أو لاجنبية بأن قال ان خرجت الا باذني فعبدي حر أو امرأتي طالق أو نحو ذلك فينبغي أن يصح ولا يتقيد بشيء وأما الثاني وهو ما اذا قال الا أن آذن لك أو حتى آذن لك فلان كلمة حتى للغاية فينتهي اليمين بها وكلمة أن محمولة عليها لان حقيقتها وهي أن تكون مصدرية متعذر لانه يلزم منه أن يكون الاذن مستثنى من الخروج فيصير كأنه قال لا تخرج الا الاذني أو خروجا أن آذن لك وكل ذلك باطل فتعين حملها على كلمة حتى فتكون الغاية لما ذكرنا من المناسبة بين الغاية والاستثناء بخلاف قوله الا باذني حيث لا يحمل على كلمة حتى الا بالنية لان حقيقته غير متعذرة لان معناه لا تخرج الا خروجا ملصقا باذني فلا يحتاج فيه الى ترك الحقيقة فان قيل قال الله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا أن يؤذن لكم فتكرار الاذن شرط لجواز الدخول فبطل ما ذكرتم من انه للغاية قلنا تكرار الاذن فيه عرفناه بدليل آخر من خارج وهو أن دخول دار انسان بغير اذنه حرام فصار نظير قوله تعالى لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها أو عرفناه بقوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي الآية فصارت العلة هي الايذاء ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة أن وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فيصير كأنه قال الا بأن آذن لك ولان فيه تغليظا على نفسه فيصدق بخلاف العكس وهو ما اذا نوى الاذن مرة بقوله الا باذني حيث لا يصدق قضاء لانه نوى التخفيف على نفسه فلا يصدق وعلى هذا لو قال ان باع فلان مالي الا باذني والا أن آذن له لما بينا والرضا والامر كالاذن فيما ذكرنا قال رحمه الله (ولو أرادت الخروج فقال ان خرجت أو ضرب العبد فقال ان ضربت تقيد به كاجلس فتغد عندي فقال ان تغديت) يعني لو أرادت المرأة أن تخرج فقال لها الزوج ان خرجت فأنت طالق أو أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر تقيدت يمينه بتلك الخرجة والضرب بها حتى لو قعدت المرأة ثم خرجت أو ترك ضرب عبده ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث كما يتقيد في قوله اجلس فتغد عندي فقال

ان تغدّيت فعبدى حر يحنث بالغداء المدعو اليه حتى لو رجع الى بيته فتغدّى لم يحنث لان مراد المتكلم الزجر عن تلك الحالة فيتقيد بها لان المطلق يتقيد بالحال حتى لو قال ان تغدّيت اليوم أو معك فعبدى حر فتغدّى فى بيته أو معه فى وقت آخر يحنث لانه زاد على حرف الجواب فيكون مبتدئا ولا يقال إن موسى عليه السلام زاد فى الجواب حين سئل عن العصا ولم يكن مبتدئا لانا نقول لما سئل بما وهى تقع عن ذات ما لا يعقل و الصفات فاشتبه عليه الامر فأجاب بهما حتى يكون مجيبا عن أيهما كان وهذه المسائل تسمى يمين فور مأخوذ من فور القدر اذا غلت يقال فارت القدر تفور فورا واستعير للسرعة ثم سميت به الحال التى لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره أى من ساعته وقيل سميت هذه الايمان به باعتبار فوران الغضب وتفرد أبو حنيفة باظهاره ولم يسبقه أحد فيه وكانوا يقولون من قبل اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا ومؤقتة كلا يفعل كذا اليوم فصارت قسما ثالثا هى مؤقتة معنى مطلقة لفظا وانما أخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا قال رحمه الله (ومركب عبده مركبه إن ينو ولا دين عليه) أى مركب العبد مركب للمولى و يتناوله اللفظ ويدخل فيه ان نواه ولم يكن على العبد دين حتى اذا قال ان ركبت دابة فلان فعبده حر ولم ينو دابة العبد فركبها لم يعتق وان نواها فان كان عليه دين مستغرق فكذلك وان لم يكن عليه دين أو كان عليه دين ولم يكن مستغرقا فان نوى حنث والا فلا لانه اذا كان عليه دين مستغرق لا علك المولى ما فى يد عبده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى أو لم ينو وفيما اذا لم يكن عليه دين مستغرق علك ما فى يده لكنه يضاف الى العبد عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام من باع عبدا وله مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها اذا نوى لان الملك للمولى لكن الاضافة اليه قد اختلت لما ذكرنا فلا تدخل الا بالنية وقال محمد رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها نوى أو لم ينو اعتبارا للحقيقة لان العبد وما فى يده ملك المولى حقيقة عنده والله أعلم

﴿ باب اليمين فى الاكل والشرب واللبس والكلام ﴾

الاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ والهشم الى الجوف ممضوغا كان أو غير ممضوغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه الهشم الى الجوف والذوق ايصال الشئ الى فيه لاستبانة طعمه حتى لو حلف لا يأكل هذا اللبن أو هذا

السويق

ماذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية اه كمال (قوله حتى لو رجع الى بيته فتغدى لم يحنث) أو تغدى معه فى وقت آخر اه (قوله التى لا ريث فيها) قال فى مجمع البحرين راث على خبرك يريث ريثا أى ابطأ وفى المثل رب عجلة تهب ريثا و يروى وهبت ريثا والمعنى واحد من الهبة وما أراثك علينا أى ما ابطأ بك عنا ورجل ريث بالتشديد أى بطىء اه (قوله ولا لبث) قال فى المجمع واللبث واللباث المكث اه (قوله فقيل جاء فلان وخرج من فوره) قال الاتقانى ويمين الفور أى الحال وهى كل يمين خرجت جوابا للكلام أو بناء على أمر فتتقيد بذلك لدلالة الحال ولا يحنث فى يمينه استحسانا خلافا لزفر وخلاف زفر مذكور فى التحفة أما فى مسئلة الغداء فانما لم يحنث لان كلامه خرج جوابا والجواب يتضمن اعادة ما فى السؤال فصار كأنه قال ان تغديت الغداء الذى دعوتنى اليه فانصرف يمينه الى ذلك الغداء بدلالة الحال وأما فى مسئلة الخروج والضرب فكذلك لان قصد الزوج أن يمنعها من الخروج الذى تهيأت هى له فصار كأنه قال ان خرجت هذه الخرجة فتقيدت اليمين بتلك الخرجة وكذا قصد الرجل ان يمنع مولى العبد عن الضرب الذى تهيأ له فكأنه قال ان ضربت هذه الضربة التى تهيأت لها فتقيدت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحال عرفا ومبنى الايمان على العرف اه (قوله فى المتن ومركب عبده مركبه) قال الاتقانى هذه فى مسائل الجامع الصغير المعاد ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فيمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة لعبده قال لا يحنث ان كان عليه دين أو لم يكن وقال محمد يحنث فى الوجهين قال فخر الاسلام البزدوى ولم يشبع محمد هذه المسئلة ولم يشرحها ثم قال أما عند أبى حنيفة فان كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نواه لانه لا حق لفلان فيه وان لم يكن عليه دين أو لم يكن مستغرقا لم يحنث حتى ينويه فان نواه حنث وقال أبو يوسف فى الاحوال كلها لا يحنث حتى ينوى فاذا نواه حنث بكل حال وقال محمد يحنث بكل حال وان لم ينوه هذا لفظه اه (قوله ومن باع عبدا وله مال) أى فهو للبائع اه اتقانى (قوله لان العبد وما فى يده ملك المولى حقيقة عنده) ألا ترى الى قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ وقول الشافعى كقول محمد اه اتقانى

﴿ باب اليمين فى الاكل والشرب واللبس والكلام ﴾

قد ذكرنا ان الانسان يحتاج أولا الى موضع يسكن ويستقر ثم تتوارد سائر الحوائج وأول ذلك فى حالة البقاء الاكل والشرب فشرع فى بيانهما قاله الاتقانى وقال الكمال أعقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب اليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال اه (قوله أو غير ممضوغ) حتى لو بلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى آكلا اه أكمل (قوله والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه الهشم الى الجوف) كالماء واللبن والنبيذ اه فتح (قوله حتى لو حلف لا يأكل هذا اللبن أو هذا

السويق فشربه لايحنث) ولو ثرد فيه فأوصله الى جوفه حنث اه (قوله وكذا بالعكس بان حلف لايشرب الخ) قال الكمال واذا حلف لايأكل شيأ مما لايتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث اه (قوله فثرد) من باب قتل وهو ان تفته ثم تبله بمرق اه مصباح (قوله والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة) اللهاة بالفتح واحدة اللهوات وهي اللحمات في سقف أقصى الفم وأما اللها بالضم فهي العطايا واحدها لهية ولهوة ومنه قولهم اللها تفتح اللها أي العطايا تفتح الافواه بالشكر اه (قوله في المتن حنث بثمرها) قال الكمال بالمثلثة أي مايخرج منها لانه أضاف اليمين الى مالايؤكل ومثله لايحلف على عدم أكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى مايخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد اه (قوله أو طلع) قال في المصباح الطلع بالفتح مايطلع من النخلة ثم يصير ثمرا ان كان أنثى وان كانت النخلة ذكرا لم يصر ثمرا بل يؤكل طريا ويترك على النخلة أياما معلومة حتى يصير فيه شئ أبيض مثل الدقيق وله رائحة ذكية فيلقح به الانثى اه وقال في المصباح أيضا الطلح الموز الواحدة طلحة مثل تمر وتمرة والطلح من شجر العضاه الواحدة طلحة أيضا وبه سمى الرجل اه والعضاه وزان كتاب كل شجر الشوك كالطلح والعوسج اه (قوله أو دبس يخرج من ثمرها) قال الاتقاني اعلم انه اذا أكل عين النخلة لايحنث وان نواها كذا في فتاوى الولوالجي وانما وقعت اليمين على ثمر النخلة دون عينها لان الحقيقة مهجورة بدلالة محل الكلام فاريد المجاز اه ولا يحنث بأكل خشب النخلة كما سيأتي في الكلام على أكل الدقيق اه (قوله وعلى هذا اذا قال من هذا الكرم) قال الكمال فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو مايخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ولانه كان مكتنا بين القشر بخلاف مالو حلف لايأكل من هذا العنب لايحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب اه يعني فيكون شرط حنثه أكل مايسمى عنبا والعنب اسم للقشر واللحم والماء جميعا وهو مأكول بجميع أجزائه والزبيب والعصير بعض أجزائه فلا يحنث بأكله كما لو حلف لايأكل هذا الرغيف (١٢٥) فأكل بعضه اه (قوله حتى لايحنث بالنبيذ والناطف والدبس المطبوخ) قال الاتقاني اذا حلف لايأكل من هذا الكرم فهو على مايخرج منه وهو حصرمه وعنبه وزبيبه ودبسه أي عصيره ولو أكل من خل من ذلك لم يذكره محمد في الجامع الكبير قال العتابي في شرح الجامع الكبير ينبغي أن لايحنث لانه لايخرج من النخل والكرم كذلك وذكر الفقيه أبو الليث أنه يحنث قال في المجمل الدبس عصارة الرطب اه قال وفي الجامع الكبير لو حلف لايأكل من هذا العنب أو من هذا الرطب أو من هذه الشاة أو من هذه البقرة فأكل من عصير العنب وزبيبه أو من تمر الرطب ودبسه أو من لبن الشاة والبقرة او سمنها لم يحنث وكذا لو حلف لايأكل من هذا اللبن فأكل من شيرازه أو زبده لان ماعقد عليه اليمين عينه تؤكل فلم ينصرف الى مايتخذ منه تحقيقه ان العنب أو الرطب اسم للعين المشتمل على ما في العين من الماء واللحم والقشر فبالجفاف زال الماء فيكون أكلا بعض الشئ فلا يحنث كما اذا حلف لايأكل هذا الرغيف فأكل بعضه لايحنث وكلمة من وان كانت تقتضي التبعيض الا انها تقتضي أكل بعض العنب المشار اليه الذي يسمى عنبا الا أكل الاجزاء التي لاتسمى عنبا وكذا في الرطب المشار اليه بعدما صار تمرا وهذا بخلاف ما اذا قال لايكلم هذا الشاب حيث يحنث اذا كلمه بعدان شاخ لان الفائت هو الوصف لا الشخص فبقي كل المحلوف عليه وفرق آخر وهو أن الانسان قد يمتنع عن أكل العنب والرطب لرطوبة فيهما تضر بآكلهما فيقصدان بالمنع فتعلقت اليمين بهما بخلاف الصبي والشاب فانهما لايقصدان بالمنع لان هجرانهما مهجور شرعا فكان الذات هو المقصود بالحلف دون الصفة بخلاف مسئلة الوصية في الزيادات فانه اذا أوصى بهذا الرطب فصار تمرا ثم مات لم تبطل الوصية لان بعض الموصى به فات وفوات بعض الموصى به لايوجب بطلان الوصية في البقية وفيما نحن فيه تناول بعض المحلوف فلا يحنث ولا يشكل على هذا مسئلة الزيادات أيضا فانه اذا أوصى بعنب ثم صار زبيبا ثم مات الموصي بطلت الوصية والفرق ان الرطب والتمر صنف واحد لقلة التفاوت بينهما بخلاف العنب والزبيب لانه تبديل وهلاك ألا ترى ان من غصب عنبا فجعله زبيبا انقطع حق المالك لوجود التبدل مضافا الى صنع الغاصب وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا حلف لايأكل من هذا الرطب أو من هذا العنب فأكله بعد ان صار تمرا أو زبيبا لايحنث في عينه وفي قول ابن أبي ليلى يحنث لانه أشار اليه فلا عبرة لتغيره ووجه قولنا مر اه اتقاني

السويق فشربه لايحنث وكذا بالعكس بأن حلف لايشرب هذا اللبن فثرد فيه فأكله لايحنث لان هذا ليس بشرب ولا الاول بأكل ولو حلف لايأكل عنبا أو رمانا فمصه فابتلع ماءه ورمى ثفله لم يحنث لان المص نوع ثالث ليس بأكل ولا شرب وذكر بعضهم أن الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة قال رحمه الله (لايأكل من هذه النخلة حنث بثمرها) أي لو حلف لايأكل من هذه النخلة حنث بأكل ثمرها لانه أضاف اليمين الى مالايؤكل فينصرف الى مايخرج منه لانه سبب له فجازت الاستعارة فيحنث بجميع مايخرج منها من جمار أو بسر أو رطب أو تمر أو طلع أو دبس يخرج من ثمرها وعلى هذا اذا قال من هذا الكرم ينصرف الى مايخرج منه لان نفسه لايؤكل وشرطه أن لا يتغير بصنعة حادثة حتى لايحنث بالنبيذ والناطف والدبس المطبوخ والخل لان هذا مضاف الى فعل حادث فلم يبق مضافا الى

وكتب على قوله والدبس المطبوخ ما نصه احترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والراخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا وقيل لان ما يحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التأويل أعني قوله لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنها اعتبر كالمذكور اه كمال (قوله ولو لم يكن للشجرة ثمر ينصرف اليمين الى ثمنها) فيحنث اذا اشترى به مأكولا ﴿فرع﴾ حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث اه كمال (قوله بخلاف هذا الصبي وهذا الشاب) قال الكمال بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ فانه يحنث لان هجران المسلم يمنع (١٢٦) الكلام معه منهي فلم يعتبر من جهله وسوء أدبه داعيا الى اليمين اذا كان الشارع منعنا

الشجر الاترى أن الله كيف عطف المصنوع على الثمر بقوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم والعطف للمغايرة ويحنث بالعصير لانه لم يتغير بصنعة جديدة وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل من هذه الشاة حيث يحنث باللحم خاصة ولا يحنث باللبن والزبد لانها مأكولة فينعقد اليمين عليها ولو لم يكن للشجرة ثمر ينصرف اليمين الى ثمنها قال رحمه الله (ولو عين البسر والرطب واللبن لا يحنث رطبه وتمره وشيرازه بخلاف هذا الصبي وهذا الشاب وهذا الحمل) أي لو عين هذه الاشياء في عينه بأن حلف لا يأكل هذا البسر أو هذا الرطب أو هذا اللبن فصار البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا فأكله لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فتتقيد به بخلاف ما اذا حلف لا يأكل لحم هذا الحمل أو لا يكلم هذا الشاب أو هذا الصبي فأكله بعد ما صار كبشا أو كلمهما بعد ما شاخا حيث يحنث لانه ليس في الحمل صفة داعية الى اليمين والاصل أن الصفة تلغو في الحاضر الا أن تكون حاملة على اليمين فتعتبر وصفة الصبي والشاب وان كانت داعية الى اليمين لكن هجرانه لاجل صباه منهي عنه شرعا الا انا أمرنا بتحمل اخلاق الفتيان ومرحمة الصبيان فكان مهجورا شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة فلم يعتبر الداعي وقد قررناه من قبل فان قيل كيف يستقيم هذا الكلام واليمين يجوز عقدها على فعل الحرام قلنا نعم يجوز قصدا لكن اذا كان الكلام محتملا فالنهي يجوز أن يكون دليلا على ارادة غير المحظور وان كان خلاف الظاهر حملا لامر المسلم على الصلاح قال رحمه الله (لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث) أي حلف لا يأكل بسرا من غير تعيين فأكل رطبا لم يحنث لانه لم يأكل المحلوف عليه قال رحمه الله (وفي لا يأكل بسرا أو رطبا أو لا يأكل رطبا ولا بسرا حنث بالمذنب) أي لو حلف لا يأكل رطبا أو لا يأكل بسرا أو حلف لا يأكلهما حنث أكل المذنب سواء أكل رطبا مذنبا أو بسرا مذنبا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله والرطب المذنب بكسر النون الذي أكثره رطب وشيء قليل منه بسر والبسر المذنب عكسه وقال أبو يوسف رحمه الله ان حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا لم يحنث وكذا لو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا وجعل في الهداية قول محمد مع أبي يوسف رحمه الله وذكره في المبسوط والايضاح والاسرار وشروح الجامع الكبير والصغير والمنظومة مع أبي حنيفة لابي يوسف أن الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا عرفا وهو المعتبر في الايمان فصار الاعتبار للغالب اذ المغلوب في مقابلته كالمعدوم ولهذا لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا

من هجران المسلم مطلقا فمنع عليه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع وتطرقيه بان الهجران قد يجوز ويجب اذا كان لله بان كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم الا انه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته وتذكر ما فيه في المسئلة التي تليها اه (قوله وهذا الحمل) الحمل بفتحتين ولد الضائنة في السنة الاولى اه مغرب (قوله واللبن شيرازا) أي رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه اه فتح (قوله لان صفة البسورة والرطوبة داعية) بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زال ما عقد عليه اليمين فأكله أكل ما لم تنعقد عليه اه فتح (قوله وقد قررناه من قبل) أي في أول الباب الذي قبل هذا الباب اه (قوله في المتن وفي لا يأكل رطبا أو بسرا الخ) هنا أربع مسائل في اثنتين منها اتفاق وفي الآخرين اختلاف ذكره في كتاب الايمان ولم يذكر في الجامع الصغير بيانه اذا حلف وقال لا آكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث في قولهم جميعا ولو قال لا آكل رطبا فأكل رطبا فيه شيء من البسر يحنث في قولهم جميعا أيضا أما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا أو قال لا آكل بسرا فأكل رطبا فيه شيء من البسر فان في قول أبي حنيفة ومحمد يحنث وفي قول أبي يوسف لا يحنث هكذا نص على الخلاف الحاكم الشهيد في الكافي اه اتقاني (قوله وجعل في الهداية الخ) قال الاتقاني الا ان الصدر الشهيد والعتابي ذكرا قول محمد مع قول أبي يوسف وصاحب الهداية تبعهما اه (قوله وذكره في المبسوط) أي والكافي للحاكم الشهيد اه اتقاني (قوله مع أبي حنيفة) أي وهو الاصح اه اتقاني (قوله والبسر المذنب يسمى بسرا) أي ولا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب اه كمال

مذنبا لا يحنث وكذا لو حلف لا يشرب لبنا أو هذا اللبن فصب عليه الماء حتى صار مغلوبا لا يحنث بشربه وكذا لا يتعلق بالمغلوب حرمة الرضاع ولأبي حنيفة رحمه الله أن أكله أكل بسر ورطب فيحنث به وإن كان قليلا لان ذلك القدر كاف للحنث ولهذا لو ميزه فأكله يحنث بخلاف الشراء لانه يصادفه جملة فيعتبر الغالب فيكون المغلوب تبعا له والاكل يتقضى شيأ فشيأ فيصادفه وحده نظيره اذا حلف لا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لا يحنث لما ذكرنا ولو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير يحنث لما ذكرنا وبخلاف اللبن المصبوب فيه الماء لانه يشيع فيه ويختلط حتى لا يرى مكانه فيكون مستهلكا وهنا يرى مكانه فيكون قائما وقت التناول ولا يقال الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يكون مستهلكا ولا يرى مكانه فكان كالماء المخلوط به والماء غالب لانا نقول معنى الاستهلاك هنا أكل لان طعم الرطب والبسر اليسير موجود في الحلق بخلاف ما ذكره ولان الرطب والبسر جنس واحد فلا يكون مستهلكا بجنسه عندهما على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (ولا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب في لا يشتري رطبا) أي لو حلف لا يشتري رطبا لا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب لما بينا أن البيع يصادفه جملة فيكون القليل تابعا للكثير ولهذا بائعه لا يسمى بائع الرطب فصار نظير من حلف لا يشتري لبنا أو صوفا فاشترى شاة لها لبن أو صوف حيث لا يحنث لما ذكرنا أن بائعه لا يسمى بائع المحلوف عليه فكذا مشتريه لا يسمى مشتريا له لان الشراء يبتنى على البيع بخلاف ما اذا عقد يمينه على المس حيث يحنث في الوجوه كلها لان المس فيها متصور حقيقة واسم المحلوف عليه باق بخلاف ما اذا حلف لا يمس قطنا أو كتانا فمس ثوبا اتخذ منه حيث لا يحنث لزوال اسم القطن والكتان عنه فصار كما لو حلف لا يأكل سمنا أو زبدا أو لا يمسه فأكل لبنا أو مسه قال رحمه الله (وبسمك في لا يأكل لحما) أي لو حلف لا يأكل لحما لا يحنث بأكل لحم السمك وقال مالك والشافعي يحنث وهو القياس لانه سمي لحما في القرآن قال الله تعالى ومن كل تأكلون لحما طريا والمراد لحم السمك بالاجماع ولنا أن التسمية مجازية لان اللحم منشؤه الدم ولا دم فيه اذ هو من سواكن الماء ولهذا حل أكله من غير ذكاة فصار كالجراد فكان قاصرا في اللحمية ومطلق الاسم يتناول الكامل دون القاصر فخرج عن المطلق بدلالة اللفظ ولهذا لا يفهم من لفظ اللحم لحم السمك الا بقرينة حتى لو وكل رجلا بشراء لحم فاشترى لحم السمك لا يلزمه وكذا بائع السمك لا يسمى لحاما عادة ومبنى الايمان على العرف لا على ألفاظ القرآن ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث لما ذكرنا وان سمي في القرآن دابة وكذا في اللغة الا أن ينويه فحينئذ يحنث بأكله لانه لحم من وجه وفيه تشديد على نفسه قال رحمه الله (ولحم الخنزير والانسان والكبد والكرش لحم) لان منشأ هذه الاشياء الدم فصارت لحما حقيقة حتى يحنث بأكلها في يمينه لا يأكل لحما الا أن

(قوله ولأبي حنيفة أن أكله أكل بسر ورطب فيحنث به) لانه جمع بين المحلوف عليه وغيره والمحلوف عليه ليس بمستهلك بغيره فيكون حانثا اهـ اتقاني (قوله ولهذا لو ميزه فأكله يحنث) أي يحنث اجماعا اهـ كافي (قوله يحنث لما ذكرنا) قال الكمال وقد يقال لولا التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده أما لو أكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية في الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لآكله آكل بسر في العرف فكان قول أبي يوسف أقعد في المبنى والله أعلم (قوله في المتن كباسة) الكباسة بكسر الكاف العذق وهو القنو والقنا أيضا ويقال لعود العذق وهو عود الكباسة العرجون والاهان كذا ذكره أبو عبيد في المصنف اهـ اتقاني (قوله لما بينا أن البيع يصادفه) الذي في خط الشارح يصادف بلا ضمير اهـ (قوله في المتن وبسمك في لا يأكل لحما) (١٣٧) أي ومن حلف لا يأكل لحما قال الكمال ينعقد يمينه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وفي حنثه بالنيء خلاف الاظهر أن لا يحنث وعند الفقيه أبي الليث يحنث اهـ (قوله وقال مالك والشافعي يحنث) قال في شرح الطحاوي وروي عن أبي يوسف أنه قال يحنث اهـ اتقاني قال الكمال وهي رواية شاذة اهـ ﴿فرع﴾ حلف لا يأكل لحما فأكل مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه اهـ كمال (قوله لان اللحم يدل على القوة في اللغة) (١) وقوته بأن يكون اهـ اتقاني (قوله اذ هو من سواكن الماء) أي والدموي لا يسكن الماء اهـ (قوله وان سمي في القرآن دابة) قال تعالى إن شر الدواب عند الله الذين كفروا ولو حلف لا يجلس على وتد فجلس على الجبل لا يحنث وان كان قال تعالى والجبال أوتادا اهـ اتقاني (قوله الا أن ينويه) قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف لا يأكل لحما ولا نية له فأكل سمكا طريا أو مالحا لم يحنث الا أن يعنيه اهـ اتقاني (قوله في المتن ولحم الخنزير) قال في المصباح الخنزير فنعيل حيوان خبيث ويقال انه حرم على لسان كل نبي والجمع خنازير اهـ (قوله والكبد والكرش) أي والقلب والرئة والطحال اهـ (قوله لان منشأ هذه الاشياء الدم) وتستعمل استعمال اللحم اهـ كمال (قوله حتى يحنث بأكلها في يمينه لا يأكل لحما) فان قلت قد قلت قبل هذا ان مبنى الايمان على العرف ولا يسبق أوهام الناس من لفظ اللحم الى لحم الخنزير والانسان فينبغي أن لا يحنث قلت الناظر لو نظر الى لحم الخنزير أو الانسان سماه لحما على الاطلاق بخلاف لحم السمك فانه لا يسمى لحما على الاطلاق فيظهر الفرق على أنا نقول قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والآدمي قيل الحالف

---

(١) قوله (قوله لان اللحم يدل على القوة الخ) هكذا في النسخ التي بأيدينا وانظر وحرر اهـ مصححه

اذا كان مسلما ينبغى أن لا يحنث لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف ثم قال وهو الصحيح اه اتقانى (قوله ولكن هذا عرف عملى) وهو أنه لا يؤكل عادة اه (قوله فان اللفظ عرفا لا يتناول الا الكراع) أى الخيل والبغال والحمير اه (قوله

لحم الخنزير والآدمى حرام واليمين قد تعقد لمنع النفس عن الحرام كما اذا حلف لا يزنى أو لا يكذب يصح يمينه وكذا يدخل أيضا فى العموم ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب شرابا يدخل فيه الخمر حتى تلزمه الكفارة بشربها لكونها شرابا حقيقة ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تناط بالمحظور المحض لانا نقول الحل والحرمة انما يراعيان فى السبب لا فى الشرط والسبب للكفارة فى الحقيقة هو اليمين لانه ينقلب سببا عند الحنث على ما بينا من قبل والحنث شرط والشرط لا يضاف اليه الحكم ولهذا لا يضمن شهود الشرط مع شهود اليمين اذا رجعوا وهنا بخلاف النذر بالمعصية حيث لا يلزمه به شئ ولا ينعقد نذره أصلا وان كان النذر موجبا كاليمين لان النذر ايجاب على نفسه بما شرعه الله على العباد ولم يشرع الله تعالى المعاصى فلا يصح النذر بها ولا بما لا نظير له فى الشرع من الواجبات لعينها حتى لا يلزمه بالنذر الا ماله نظير من الواجبات وأما وجوب الكفارة فى اليمين ليس لعينها بل لمعنى فى غيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى ولا يختلف ذلك بين أن يكون يمينه على الطاعة أو على المعصية وذكر العتابى رحمه الله أنه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمى وقال فى الكافى وعليه الفتوى فكأنه اعتبر فيه العرف ولكن هذا عرف عملى فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظى ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الانسان للعرف اللفظى فان اللفظ عرفا لا يتناول الا الكراع وان كان فى اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا وقال صاحب المحيط فى الكبد والكرش هذا فى عادة أهل الكوفة وأما فى عرفنا فلا يحنث بأكله فى يمينه لا يأكل لحما لانه لا يعد لحما قال رحمه الله (وبشحم الظهر فى شحما) أى لا يحنث بأكل شحم الظهر وشرائه وبيعه فى يمينه لا يأكل شحما أو لا يشتريه أو لا يبيعه وانما يحنث بشحم البطن خاصة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يحنث بشحم الظهر أيضا لان شحم الظهر شحم حقيقة وفيه خاصية ألا ترى أنه يذاب كشحم البطن ويصلح لما يصلح له الشحم ويستعمل استعماله ويتناوله اسم الشحم قال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم فاستثناه من الشحوم والاصل فى الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم أربعة شحم البطن وشحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء واتفقوا على انه يحنث بشحم البطن والثلاثة على الخلاف هكذا ذكره فى الكافى وانما لا يحنث بشرائه فى يمينه لا يشترى شحما فى رواية عنهما لان الشراء لا يتم بالحالف وانما يكون مشتريا للشحم اذا اشتراه ممن يسمى بائعه شحاما وأما الاكل ففعل يتم بالآكل وحده ألا ترى أنه لو حلف لا يشترى طعاما فاشترى لحما لا يحنث وفى الاكل يحنث ولابى حنيفة رحمه الله أنه لحم حقيقة ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحوم لا الشحوم فى اتخاذ القلايا والباجات وله قوة اللحم ولا يطلقون عليه اسم الشحم ولهذا لو حلف لا يأكل لحما يحنث بأكله ولو لم يكن لحما لما حنث فكيف يكون شحما مع كونه لحما والاستثناء فى الآية منقطع بدليل استثناء الحوايا فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا اذا اضمار وهو خلاف الاصل فلا يصار اليه الا الضرورة والاستثناء المنقطع وان كان خلاف الاصل ولكنه يثبت اذا دل الدليل عليه وهنا دل عليه الدليل وهو استثناء ما اختلط بعظم وهو المخ ولم يقل أحد انه شحم ولئن سمى شحما لا يلزمنا لان الايمان مبناها على العرف لا على ما ذكر فى القرآن وقد بيناه من قبل وذكر الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة وقيل هذا اذا حلف بالعربية وأما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال قال رحمه الله (وبألية فى لحما أو شحما) أى لا يحنث بأكل ألية أو شرائه فيما اذا حلف لا يشترى أو لا يأكل لحما أو شحما لانها نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم ولا الشحوم فلا يتناولها اللفظ معنى

وقال صاحب المحيط فى الكبد والكرش الخ) قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير أما فى عرفنا لا يحنث بأكل الكبد والكرش لانهما لا يعدان من اللحم ولا يستعملان استعمال اللحم ويحنث بأكل الرؤس لانه لحم حقيقة يقال رأس كثير اللحم ورأس قليل اللحم اه ولو حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم العنز قالوا ان كان مصريا لا يحنث وان كان قرويا يحنث لان أهل القرى لا يميزون بين الشاة والعنز منه أيضا (قوله وأما فى عرفنا فلا يحنث) قلت وكذا فى عرف أهل مصر لا يحنث لانه لا يسمى لحما اه وكتب ما نصه ولو أكل الرأس والاكارع يحنث وبه قال الشافعى فى الاصح ولا يحنث بأكل الشحم والالية الا اذا نواه فى اللحم بخلاف شحم الظهر حنث به بلا نية لانه تابع اللحم فى الوجود ويقال فى العرف لحم سمين اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن وشحم) عطف على قوله بشراء كاسة اه رازى (قوله وهو استثناء ما اختلط بعظم الخ) قال الماوردى فى تفسيره فيه قولان أحدهما شحم الجنب الثانى شحم الجنب والالية لانه على العصعص اه (قوله حتى لا يستعمل استعمال اللحوم ولا الشحوم) قال الكمال رحمه الله والحق انه ولا يحنث به فى حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية ولا فى يمين الشحم خلافا لاحد للعرف والعادة وأما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع استعمالاته اه

ولا عرفا قال رحمه الله (وبالخبز في هذا البر) يعني لو حلف لا يأكل من هذا البر فأكل من خبزه لا يحنث وكذا اذا أكل من سويقه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث بأكل الخبز منه ولا يحنث بالسويق وقال محمد رحمه الله يحنث بهما وان قضمه حنث في قولهم جميعا وضع المسألة في المعين لانه لو كان منكرا ذكر شيخ الاسلام أنه ينبغي أن يكون جواب أبي حنيفة كجوابهما والخلاف فيما اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فهو كما نوى بالاجماع لانه نوى حقيقة كلامه أو محتمله وهو المجاز لهما في الخلافية ان أكل ما يتخذ من البر أكل له عادة يقال أهل مصر يأكلون البر يراد به كل ما يتخذ منه فوجب العمل بعموم المجاز ومعناه أن يكون للمجاز أفراد كثيرة ومن جملة أفراده محل الحقيقة فتدخل الحقيقة في المجاز كمن حلف لا يدخل دار فلان فانه مجاز عن المسكن وحقيقته للملك فيدخل في اليمين ما يسكنه كيفما كان سواء كان مستأجرا أو عارية أو ملكا لعموم المجاز اجماعا فكذا هذا ومحمد رحمه الله مر على أصله في السويق لانه أكل المتخذ منه وحلفه واقع عليه وأبو يوسف خالف أصله لان حلفه يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف في السويق ولابي حنيفة رحمه الله أن هذا الكلام له حقيقة مستعملة فانها تؤكل قضما ومطبوخة وكشكا وهريسة ومقلية ومجاز متعارف فالحقيقة المستعملة أولى عنده من المجاز المتعارف فصار كمن حلف لا يأكل من هذه البيضة فأكل من فرخها وعندهما المجاز المتعارف أولى وهذا يرجع الى أصل وهو أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وعنده في التكلم وقد بيناه في أول العتاق ولو زرع الحنطة فأكل ما خرج منها لم يحنث قال رحمه الله (وفي هذا الدقيق حنث بخبزه لا بسفه) أي لو حلف لا يأكل هذا الدقيق يحنث بأكل خبزه ولا يحنث بسفه لان عين الدقيق لا تؤكل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه كمن حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى ما يخرج منها ولا يحنث بالسف لان الحقيقة مهجورة فسقط اعتبارها كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنث وكذا لو أكل خشب النخلة في يمينه لا يأكل من هذه النخلة لا يحنث لان يمينه انصرف الى المجاز ولم يتناول بعده الحقيقة الا بطريق عموم المجاز ولم يوجد وقيل يحنث لانه أكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر لا يسقط به الحقيقة والصحيح هو الاول وان عنى أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز المتخذ منه لانه نوى حقيقة كلامه قال رحمه الله (والخبز ما اعتاده بلده) أي الذي اعتاد أهل بلد الحالف أكله حتى لو حلف في القاهرة أن لا يأكل الخبز ينصرف الى خبز البر وبطبرستان ينصرف الى خبز الرز وفي زبيد ينصرف الى خبز الذرة والدخن ولو أكل الحالف خلاف ما عندهم من الخبز لم يحنث وكذا اذا أكل خبز القطائف الا أن ينويه لانه لا يسمى خبزا مطلقا ولو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ثم دقه فشرب به بالماء لم يحنث لان هذا شرب وليس بأكل وعن أبي حنيفة فيمن قال لامرأته ان أكلت هذا الخبز فأنت طالق فطلبت حيلة حتى تأكل ولا تطلق قال ينبغي أن تدق ذلك الخبز وتلقيه في عصيدة وتطبخ حتى يصير الخبز هالكا فتأكل العصيدة ولا تحنث قال رحمه الله (والشواء والطبيخ على اللحم) أي ومطلق اسم الشواء يقع على اللحم لان الشواء يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق دون الباذنجان والجزر المشويين ألا ترى أن الشواء اسم لمن يبيع اللحم المشوي دون غيره فمطلق الاسم ينصرف اليه الا أن ينوي كل ما يشوى من بيض وغيره فتعمل نيته وفيه تشديد على نفسه وكذا الطبيخ يقع على ما يطبخ من اللحم عرفا والقياس أن يحنث بكل ما يطبخ لكونه طبيخا حقيقة وجه الاستحسان أن الطبيخ اسم للمطبوخ من اللحم عرفا وعليه مبنى الايمان ومتخذه يسمى طباخا ولا يسمى من يطبخ الادوية طباخا وكل أحد يعلم بالضرورة أنه لم يرد به الادوية المطبوخة فتعذر حمله على العموم فحملناه على خاص هو

(قوله في المتن وبالخبز في هذا البر) قال قاضيخان في شرح الجامع ولو حلف لا يأكل هذه الحنطة ان نوى لا يأكلها حبا فهو على ما نوى لانه نوى الحقيقة فلا يحنث بأكل الخبز وان نوى أكل الخبز فهو على ما نوى لانه نوى المجاز المتعارف وان لم ينو شيأ فان أكلها قضما حنث وان أكل من خبزها لا يحنث في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يحنث بأكل (١٢٩) الخبز أيضا اه (قوله فأكل من خبزه لا يحنث) أي لا يحنث حتى يقضمها غير نيئة ولو قضمها نيئة لم يحنث اه كمال رحمه الله (قوله وقال أبو يوسف يحنث بأكل الخبز منه) قال في شرح الطحاوي وهذا اذا لم ينو الحب بعينه فاذا نواه لا يحنث بأكل الخبز عندهما أيضا وعليه نص الحاكم الشهيد لانه نوى حقيقة كلامه فلا يراد المجاز اه اتقاني (قوله وكشكا) وزان فلس ما يعمل من الحنطة وربما عمل من الشعير فارسي معرب اه مصباح (قوله فصار كمن حلف لا يأكل من هذه البيضة فأكل من فرخها) لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذا كان مأكولا اه كمال رحمه الله (قوله ولا يحنث بالسف) هو الصحيح اه هداية (قوله كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنث) لانصراف عينه الى العقد فلم يتناول اليمين الوطء الا أن ينويه اه فتح (قوله ومطلق اسم الشواء يقع على اللحم) أي لان الشواء عبارة عما ينضج في النار بلا ماء وذلك موجود في اللحم وغيره الا ان في العرف لما أريد به اللحم وقعت يمينه عليه خاصة اه اتقاني (قوله الا أن ينوي كل ما يشوى من بيض وغيره) أي كالفول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شوي العرب اه فتح (قوله وجه الاستحسان أن الطبيخ اسم للمطبوخ من اللحم عرفا) أي ولا يقال لمن أكل الباقلا المطبوخ أكل الطبيخ وان كان طبيخا في الحقيقة اه اتقاني (قوله فحملناه على خاص) أي على

أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بالمرق وهو متعارف الا أن يشوى غيره من الباذنجان فالطبيخ فيحنث به وهذا يقتضي أن لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث بالارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم أيضا ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في أنه هو المتعارف الظاهر أنه لا يختص به اه كمال قال في الهداية وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم قال الكمال يعني بالماء حتى ان ما يتخذ من اللحم قلية لا يسمى طبيخا فلا يحنث به اه (قوله وان أكل الخبز بالمرقة يحنث) أي لانه في العرف يقال أكل الطبيخ وان لم يأكل اللحم اه اتقاني (قوله وفيها أجزاء اللحم) قال الكمال وهذا يقتضي ان من حلف لا يأكل لحما فأكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكرناه آنفا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف اه (قوله وهذا اختلاف عصر وزمان) قال الكمال فكان العرف في زمنه فيها ثم صار في البقر والغنم فرجع أبو حنيفة عن انعقاده في حق رؤس الابل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر (١٣٠) وقع فيها الحلف كما هو في مختصر القدوري اه (قوله ان أمكن العمل بحقيقته الخ)

متعارف ولا يحنث الا اذا أكل المطبوخ بالماء وأما القلية اليابسة فلا تسمى طبيخا فلا يحنث بأكلها وان أكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى طبيخا وفيها أجزاء اللحم أيضا قال رحمه الله (والرأس ما يباع في مصره) أي اسم الرأس يتناول جميع ما يباع في بلده من الرؤس حتى لو حلف لا يأكل رأسا فيمينه على رؤس تكبس في التنانير وتباع في مصره لانا نعلم انه لا يريد به رأس كل شيء فان رأس الجراد والعصفور لا يدخل تحته وهو رأس حقيقة فاذا لم يرد بها الحقيقة وجب اعتبار العرف وهو ما ذكرنا وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم ثم رجع فقال يحنث في رأس البقر والغنم خاصة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يحنث الا في رأس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان وتبدل عادة لا اختلاف حجة وبرهان اذ مسائل الايمان مبنية على العرف فتدور معه فان قيل أنتم حنثتموه بلحم الخنزير والآدمي وهو لم يجر فيه تبايع في الاسواق ولا عرف بين الناس قلنا الاصل في جنس هذه المسائل ان الانسان متى عقد يمينه على فعل مضاف الى شيء ان أمكن العمل بحقيقته يعمل بحقيقته وان لم يكن متعارفا وان لم يمكن العمل بحقيقته يجب تقييده بالمتعارف وبيانه اذا حلف لا يدخل بيتا فدخل بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو الكعبة لا يحنث لانه تعذر العمل بحقيقة البيت فانه لا يمكن الدخول في بيت العنكبوت ومثله لو حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت يحنث وان كان لا يتعارف لانه أمكن العمل بحقيقته في حق الهدم بخلاف الدخول فاذا ثبت هذا نقول فيه اذا عقد يمينه على أكل الرأس فالعمل بحقيقته فيه ممتنع لان الرأس اسم للعظم واللحم وأكل الكل ممتنع ولو عقد يمينه على اللحم فالعمل بحقيقته ممكن لان اللحم يؤكل بجميع أجزائه فينعقد على حقيقته وعلى هذا يخرج الجواب فيمن حلف لا يركب دابة لانه لا يمكن ركوب جميع الدواب فان قيل هذا يستقيم في الاكل ولا يستقيم في الشراء فان شراء الرأس بجميع أجزائه ممكن قلنا لا نسلم فان من الرؤس ما لا يمكن شراؤها كرؤس النمل ونحوها قال رحمه الله (والفاكهة التفاح والبطيخ والمشمش لا العنب والرمان والرطب والقثاء والخيار) حتى لو حلف لا يأكل فاكهة يحنث بأكل التفاح والبطيخ والمشمش ولا يحنث بالعنب والرمان الخ لان الفاكهة

نظر فيه الكمال وقد نقلت عبارته أول باب اليمين في الدخول اه (قوله فهدم بيت العنكبوت يحنث) في الحنث بهدم بيت العنكبوت نظر قال الاتقاني انه سهو وقد نقلت عبارته أول باب اليمين في الدخول ونقلت ما ذكره الكمال فيه فليراجع فيه فانه مفيد اه (قوله وأكل الكل ممتنع) أي فصير الى المتعارف اه فتح (قوله ولو عقد يمينه الخ) يعني اللحم يمكن فيه أكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس اه (قوله لان اللحم يؤكل بجميع أجزائه) أي فلذا حنث بأكل لحم الخنزير والآدمي اه (قوله وعلى هذا يخرج الجواب فيمن حلف لا يركب دابة) أي انه لا يحنث اذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة وأمكن اسم العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من ان المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بان المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الابناء على هذا الاصل ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا اليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع اه فتح (قوله كرؤس النمل ونحوها) أي كرؤس الآدمي اه (قوله في المتن والبطيخ) قال في المصباح البطيخ بكسر الباء فاكهة معروفة وفي لغة لاهل الحجاز جعل الطاء مكان الباء قال ابن السكيت في باب ما هو مكسور الاول وتقول هو البطيخ والطبيخ والعامة تفتح الاول وهو غلط لفقد فعيل بالفتح اه (قوله والقثاء) قال في المصباح القثاء فعال وهمزته أصل وكسر القاف أكثر من ضمها وهو اسم جنس لما يقول له الناس الخيار والعجور والفقوص الواحدة قثاءة وأرض مقثأة وزان مسبعة ذات قثاء وبعض الناس يطلقون القثاء على نوع يشبه الخيار وهو مطابق لقول الفقهاء لو حلف لا يأكل الفاكهة حنث بالقثاء والخيار اه

اسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله أي يتنعم به وهذا المعنى ثابت في التفاح والبطيخ والمشمش والخوخ والتين والاجاص ونحوها فيحنث بأكلها وغير ثابت في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا فانهما يباعان معها وأكلا لانهما يوضعان على الموائد مع البقول فلا يحنث بأكلهما وأما العنب والرمان والرطب فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هي فاكهة حتى يحنث بأكلها في يمينه لا يأكل فاكهة فان معنى التفكه فيها موجود فانها أعز الفواكه وأكملها ولهذا أفردت بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام في القرآن كما أفرد جبرائيل وميكائيل عليهما السلام بالذكر بعد دخولهما في لفظ الملائكة ومطلق الاسم يتناول الكامل فيكون التنعم بها فوق التنعم بغيرها من الفواكه ولابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الفاكهة من التفكه وهو التنعم بما لا يتعلق به البقاء زيادة على المعتاد وذلك بما لا يصلح غذاء ولا دواء ألا ترى أنهم يقولون النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة وهذه الاشياء تصلح لهما لان الرطب والعنب يؤكلان غذاء ويتعلق بهما البقاء وبعض الناس يكتفون بها في بعض المواضع والرمان يؤكل للتداوي فيتحقق القصور في معنى التفكه فلا يتناولها اسم الفاكهة على الاطلاق ألا ترى أن يابس هذه الاشياء ليست من الفواكه فالزبيب والتمر من الاقوات وحب الرمان من التوابل والفواكه لا يختلف بين رطبها ويابسها في أنها لا تصلح للغذاء وما بينا مشاهد له لا لهما وكذا قوله تعالى فأنبتنا فيها حبا وعنبا وقضبا وزيتونا ونخلا وحدائق غلبا وفاكهة وأبا لان العطف يقتضي المغايرة اذ الشيء لا يعطف على نفسه وهو الاصل فلا يعدل عنه من غير ضرورة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فأفتى كل واحد بما شاهد من عادة أهل عصره وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فعلى ما نوى بالاجماع وجعل البطيخ في هذا الكتاب من الفاكهة وهكذا ذكره القدوري والحاكم الشهيد في المنتقى عن أبي يوسف وقال في المحيط اليابس من أثمار الشجر فاكهة الا البطيخ فانه لا يعتاد يابسه فاكهة في عامة البلدان وذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه أن البطيخ ليس من الفاكهة لان ما لا يكون يابسه فاكهة فرطبه لا يكون فاكهة قال رحمه الله (والادام ما يصطبغ به كالخل والملح والزيت لا اللحم والبيض والجبن) أي الادام شيء يختلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك بالمائع دون غيره حتى لو حلف لا يأتدم لا يحنث الا بالمائع وهذا عند أبي حنيفة وهو الظاهر من قول أبي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا ادام كاللحم والجبن وهو رواية عن أبي يوسف

(قوله أي يتنعم به) أي زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلي اه (قوله وهذا المعنى) أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء اه (قوله والاجاص) قال في المصباح الاجاص مشدد معروف الواحدة اجاصة وهو معرب لان الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة عربية اه (قوله ولهذا أفردت بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام) فان قيل اين جاء العموم وفاكهة نكرة في سياق الاثبات فالجواب ان النكرة في مقام الامتنان تعم والمقام مقام الامتنان اه قال في غاية البيان اعلم انه اذا حلف لا يأكل فاكهة فأكل تينا أو مشمشا أو خوخا أو سفرجلا أو اجاصا أو كمثرى أو تفاحا أو جوزا أو لوزا أو فستقا أو عنابا يحنث بالاجماع سواء كان رطبا أو يابسا ولو أكل خيارا أو قثاء أو جزرا لا يحنث لانها من البقول ولهذا يؤدم معها اه (قوله ولابي حنيفة أن الفاكهة الخ) قال الكمال وأبو حنيفة يقول هي ما يتغذى بها منفردة حتى يستغني بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا شك انها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل اصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث باحدها الا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الاقوات وهو التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لم يعدوها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فأفتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في ان مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك ان ذلك لغة والتفكه ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه اصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائما فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمنهما اه قال الاتقاني قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ان الرجل من خراسان لو حلف بالفارسية لا يأكل الفاكهة ينبغي أن يحنث في هذه الاشياء كما قال أبو يوسف ومحمد قال في خلاصة الفتاوى فالحاصل ان العبرة للعرف فكل ما يؤكل على سبيل التفكه ويعد فاكهة في العرف يدخل في اليمين وما لا فلا اه (قوله وبعض الناس يكتفون بها) كذا بخط الشارح وينبغي أن يقال وبعض الناس يكتفون بهما اه (قوله وحب الرمان من التوابل) أي حوائج الطبيخ اه (قوله في المتن والادام ما يصطبغ به) قال الكمال وما لم يصبغ الخبز بما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب اه (قوله والملح) أي لانه يؤول الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز اه كمال رحمه الله وسيأتي في كلامه (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) أي وهو قول الشافعي وأحمد والحاصل ان ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا إدام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس إداما بالاجماع أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انها على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليس بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعا للخبز يكونان إداما أما البقول فليست بادام بالاتفاق لان آكلها لا يسمى مؤتدما

الا ما قد يقال في أهل الحجاز بالنسبة الى أكل الكراث وعند الشافعي والبصل وسائر الثمار إدام وفي التمر عنده وجهان في وجه إدام لما روى أنه صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه إدام هذه رواه أبو داود وفي آخر ليس إداما وأنه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض فجعلها محمد إداما أي لانها تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمؤادمة الموافقة اه قال الكمال وبقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث اه (قوله وهو الموافقة) أي واللحم والبيض والجبن توافق الخبز فتكون أدما ولان مبنى الايمان على العرف والناس يستعملون هذه الاشياء استعمال الادام اه اتقاني (قوله ولهما أن الادام الخ) قال الكمال ولهما أن الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو أحيانا ليس إداما وهذا لانه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير مع الخبز كشيء واحد وهو بان يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو ان ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لان الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليست كذلك فليست بادام

لان الادام من المؤادمة وهو الموافقة قال عليه الصلاة والسلام لمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة لو نظرت اليها لكان أحرى أن يؤدم بينكما أي يوافق وما لا يؤكل وحده غالبا يوافق له وقال عليه الصلاة والسلام سيد إدام أهل الجنة اللحم ولهما أن الادام ما يؤكل تبعا للخبز وحقيقة التبعية بالاختلاط وعدم الاكل وحده فكذا كمال الموافقة تكون بالامتزاج والمرق ونحوه من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل وحده عادة ولانه يذوب في الفم فيحصل الاختلاط فيكون تبعا بخلاف اللحم وأخته فانها تؤكل وحدها فلم تكن اداما وليس له حجة فيما روى لانه في الجنة وكلامنا في الدنيا وهي خلافها فيجوز أن يكون اداما فيها ولانه لا يلزم من كونه سيد الادام أن يكون من الادام كما يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من العجم وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية فان نوى فعلى ما نوى اجماعا وهذا الاختلاف على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل الا رغيفا فأكل معه البيض ونحوه لا يحنث عندهما وعند محمد يحنث هو يقول انه قد يؤكل وحده مقصودا فلا يصير تبعا للخبز بالشك بخلاف ما اذا أكله مع المائعات لانها تبع له فلا يعد زيادة عليه وهما يقولان هو ادام من وجه لانه قد يؤكل تبعا فلا يحنث فيهما بالشك والعنب والبطيخ هو على هذا الاختلاف وذكر شمس الائمة السرخسي أنه ليس بادام بالاجماع وهو الصحيح لانهما يؤكلان وحدهما غالبا ولان آكلهما لا يسمى مؤتدما عادة والبقل ليس بادام بالاجماع قال رحمه الله (والغداء الاكل من الفجر الى الظهر) وهو في الحقيقة اسم لطعام يؤكل في هذا الوقت وانما أطلق على الاكل في هذا الوقت وهو التغدي توسعا فلو حلف لا يتغدى فأكل في هذا الوقت حنث فان أكل قبله أو بعده لا يحنث لان الطعام المأكول فيه يسمى غداء فيتناول الاكل الواقع فيه فيحنث ولا يتناول ما أكله بعده فلا يحنث ومقدار ما يحنث به من الاكل أن يكون أكثر من نصف الشبع لان اللقمة واللقمتين لا يسمى غداء عادة وجنس المأكول يشترط أن يكون ما يأكله أهل بلده عادة حتى لو شرب اللبن وشبع لا يحنث ان كان حضريا وان كان بدويا يحنث ومثله لو أكل تمرا أو أرزا حتى شبع لم يحنث والتصبح من طلوع الشمس الى ارتفاع الضحى لانه من الصباح فيتقيد بهذا الوقت ذكره في النهاية قال رحمه الله (والعشاء منه الى نصف الليل والسحور منه الى الفجر)

ويرد عليه أنه ان اعتبر في مسمى الادام ما بحيث يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا أكمل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص اسمه الاكمل منه واستدل لابي حنيفة وأبي يوسف أيضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية بخلاف المصطبغ به اه (قوله وهو الصحيح) قال في شرح الطحاوي الفاكهة ليست بادام بالاجماع اه اتقاني (قوله ومقدار ما يحنث به من الاكل) أي غداء أو عشاء أو سحورا اه (قوله أن يكون أكثر من نصف الشبع) أي فلو أكل لقمة أو لقمتين ما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت ولا تعشيت ولا تسحرت اه فتح (قوله وجنس المأكول يشترط أن يكون ما يأكل أهل بلده عادة) حتى يعتبر الارز غداء بطبرستان واللبن أي لاهل البوادي والتمر ببغداد كمن حلف لا يدخل بيتا فهو على المدر للبلدي وعلى بيت الشعر للبدوي اه اتقاني قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن حلف أن يتغدى فانه يقع على الغداء المعروف فان كان الرجل كوفيا فيقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق وان كان الرجل بدويا يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على السويق وأما في بلادنا فيقع على خبز الحنطة ووقت الغداء من وقت طلوع الشمس اه (قوله في المتن والعشاء منه الى نصف الليل) أي لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث اذ في الصحيحين من رواية أبي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشاء وفسرت بأنها الظهر في بعض الروايات هذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الخ مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها التسحر بعد ذهاب ثلثي الليل ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال

ووقت العشاء من بعد الزوال الى أن يمضى نصف الليل ووقت السحور من مضى أكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فوقت العشاء من بعد صلاة العصر اه فعرفهم كان موافقا اللغة لان الغدوة اسم لاول النهار وماقبل الزوال أوله فالاكل فيه تغد وقد أطلق على السحور غداء فى قوله عليه الصلاة والسلام لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الايجاز القربه من الغداة وكذا السحور لما كان للمأكول فى السحر والسحر من الثلث الاخير سمى ما يؤكل فى النصف الثانى لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والتضحى الاكل فى وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلاة الى أن تزول وأصل هذه فى مسائل القضاء قال السرخسى فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى أن تزول وان قال عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فله من حين تطلع الى أن تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس والنهى عند الى أن تبيض ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا بعد طلوع الفجر الى نصف النهار اه فتح (قوله والآخر اذا غربت) أى فأيهما نوى صحت نيته اه كمال (قوله فتعين الثانى) أى وهو ما بعد الغروب اه (قوله ونوى شيأ معينا) أى من (١٣٣) المأكول أو الملبوس أو المشروب اه

أى العشاء هو الاكل من الظهر الى نصف الليل والسحور الاكل من نصف الليل الى طلوع الفجر وأصل هذه الاشياء أنها اسم لمأكول فى ذلك الوقت ويسمى بها الفعل مجازا على ما بينا فيحنث بالفعل الواقع فيها لا غير وروى عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يكلمه الى السحر أنه قال اذا دخل الثلث الاخير من الليل فكلمه لا يحنث لان وقت السحر ما قرب من الفجر فانتهت به يمينه والمساء مساآن أحدهما اذا زالت الشمس والآخر اذا غربت فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسى فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمله على المساء الاول فتعين الثانى قال رحمه الله (ان لبست أو أكلت أو شربت ونوى معينا لم يصدق أصلا) أى لو حلف وقال ان أكلت ونحوه فعبدى حر ونوى شيأ معينا بأن قال نويت الخبز أو اللحم أو نحوه لا يصدق قضاء ولا ديانة لان النية تعمل فى الملفوظ لانها التعيين المحتمل والطعام ونحوه غير مذكور وانما ثبت مقتضى وهو لا عموم له فلا يحتمل الخصوص وعن أبى يوسف أنه يصدق ديانة وبه أخذ الخصاف ونحن نقول نية غير الملفوظ لا تصح فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال ان خرجت أو قال ان ساكنت فلانا ونوى الخروج الى سفر أو المساكنة فى بيت واحد فانه يصدق ديانة حتى لو خرج الى غير السفر أو ساكنه فى دار لا يحنث مع أن السفر والسكنى غير مذكورين فى اللفظ قلنا الخروج متنوع الى مديد وقصير وهما يختلفان اسما وحكما والفعل يحتمل التنويع دون التخصيص فيصح ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج فنوى حبشية أو رومية صح ويصدق ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق لان الاول تنويع دون الثانى ولان ذكر الفعل ذكر للمصدر لغة لانه محذوف وهو كالمنطوق فتصح نيته بخلاف نية المكان وسبب الخروج حيث لا يصح لانه ثبت اقتضاء مع أن بعض أصحابنا منعوا صحة النية منهم القاضى أبو حازم وأبو طاهر الدباس فعلى هذا لا يرد علينا وكذا المساكنة عامة متنوعة فان أعمها أن يكون فى بلدة واحدة والمطلق منها أن يكون فى دار واحدة وأعمها أن يكون فى بيت واحد وقد بينا أن نية النوع فى الفعل صحيح قال رحمه الله (ولو زاد ثوبا أو طعاما أو شرابا دين) أى زاد هذه الكلمات على كلامه الاول بأن قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا ونوى شيأ دون شئ دين ديانة لا قضاء لانه نكرة فى الشرط فتعم كما تعم فى النفى لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى وعلى هذا لو قال ان اغتسل ونوى تخصيص الفاعل أو المكان أو السبب بدون ذكره لا يصدق قال رحمه الله

(قوله لا يصدق قضاء ولا ديانة) أى فأى شئ أكل أو شرب أو لبس حنث وعند الشافعى تصح نيته ديانة وهو رواية عن أبى يوسف واختارها الخصاف اه كمال (قوله لانها التعيين المحتمل) أى والثوب فى ان لبست والمأكول والمشروب فى ان أكلت وان شربت غير مذكور تنصيصا فلم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يذكر تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا أجاب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الاكل مأكولا وكذا الشرب واللبس والمقتضى لا عموم له عندنا ولان ثبوته ضرورى فيتقدر بقدرها والضرورة فى تصحيح الكلام وتصحيحه لا يتوقف الا على مأكول لا على مأكول هو كذا فلا تصح ارادته اه كمال (قوله وبه أخذ الخصاص) قال الاتقانى وبهذه الرواية أخذ الخصاف فى كتاب الحيل اه ومثله فى شرح الجامع الصغير للتمرتاشى وقال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وعن أبى يوسف أنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وهذه رواية الخصاف وبنى كتاب الحيل عليها والصحيح ظاهر الرواية اه فقول الشارح الخصاص هكذا وقفت عليه فى النسخ والظاهر أنه سبق قلم وصوابه الخصاف اه فان قلت من الجائز أن يكون الجصاص اختار ما اختاره الخصاف فيصح قول الشارح رحمه الله واختاره الجصاص قلت نعم يجوز ما قلت لكن لا بد من النقل المعتمد عنه بذلك والله الموفق اه (قوله فتعم كما تعم فى النفى) أى لما آلها الى كونها فى سياق النفى بسبب أن الشرط المثبت فى اليمين يكون الحلف على نفيه لان المعنى نفى لبس ثوبه فكأنه قال لا ألبس ثوبا الا أنه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضى منه اه فتح (قوله وعلى هذا لو قال ان اغتسل) أى بالبناء للمفعول كذا فى خط الشارح اه

(لا يشرب من دجلة على الكرع بخلاف من ماء دجلة) أي لو حلف لا يشرب من دجلة فيمينه على الكرع حتى لو شرب بإناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا بخلاف ما إذا حلف لا يشرب من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب بالإناء وبغيره لأن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهو الشرط في الأول دون الثاني وقالا إذا شرب بالإناء أيضا يحنث لأنه المتعارف يقال يشرب أهل بغداد من دجلة والمراد الشرب بأي شيء كان وله أن كلمة من للتبعيض حقيقة وهي مستعملة فيه عرفا وشرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في الشن وإلا كرعنا والحقيقة مرادة ولهذا لو شرب كرعا يحنث ولو حنث بالشرب بإناء يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز بل هو عمل بعموم المجاز وأبو حنيفة يقول الحقيقة مستعملة فلا يصار إلى المجاز والحق أن هذه المسئلة مبنية على أن المجاز الراجح أولى عندهما من الحقيقة المستعملة فيصار إلى المجاز لذلك وعنده الحقيقة المستعملة أولى فلا يصار إلى المجاز وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث بشربه بالإناء إجماعا لأنه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لأن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان ولو حلف لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات فعلى ما تقدم في دجلة وفاقا وخلافا ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب من الفرات لعدم الكرع في الفرات إجماعا لحدوث النسبة إلى غيره فانقطعت النسبة إلى الفرات ويحنث في يمينه لا يشرب من ماء الفرات لأن يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب إلى الفرات ومثل هذه النسبة لم تنقطع عنه ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من أي موضع كان لأنه عبارة عن العذب وقد جعله الله تعالى وصفا للماء قال الله تعالى وأسقيناكم ماء فراتا وكذلك لو قال لا أشرب من ماء فرات لما ذكرنا ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه في كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة قال رحمه الله (إن لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا ولا ماء فيه أو كان فصب أو أطلق ولا ماء فيه لا يحنث وإن كان فصب حنث) أي رجل قال لامرأته إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأنت طالق وليس فيه ماء أو كان فيه ماء فصب قبل غروب الشمس أو أطلق اليمين أي لم يقل اليوم وليس في الكوز ماء لم يحنث في هذه الصور كلها وإن كان فيه فصب حنث أي في المطلق وهو ما إذا لم يقل اليوم فحاصله أن هذه المسئلة على وجهين إما أن تكون مؤقتة باليوم أو لم تكن مؤقتة به وكل وجه على وجهين إما أن يكون فيه ماء فصب أو لا يكون فيه ماء أما في المؤقت لا يحنث في الوجهين لأنه إن لم يكن فيه ماء يستحيل الشرب منه واليمين على المحال لا تنعقد وكذلك إن كان فيه ماء فصب قبل الليل لأن البر في المؤقت يجب في آخر الوقت وعند

أي يتناول بفمه من نفس النهر كذا قال الكمال وقال الاتقاني كرع في الماء إذا تناوله بفيه من موضعه وفي الصحاح كرع في الماء يكرع كروعا إذا تناوله بفيه من موضعه من غير أن يشرب بكفيه أو بإناء وفي المغرب والكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل في الماء وفي الإناء إذا مد عنقه نحوه ليشرب ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لأنه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها وفي المصباح المنير كرع في الماء كرعا وكروعا من باب نفع شرب بفيه من موضعه فإن شرب بكفيه أو بشيء آخر فليس بكرع وكرع كرعا من باب تعب لغة وكرع في الإناء أمال عنقه إليه فشرب منه وفي الفتاوى الظهيرية وتفسير الكرع عند أبي حنيفة أن يخوض الإنسان في الماء ولا يكون الكرع إلا بعد الخوض في الماء فإنه من الكراع وهو من الإنسان ما دون الركبة ومن الدواب ما دون الكعب كذا قال الإمام نجم الدين النسفي اهـ وقال ابن الأثير في نهايته في حديث أنه دخل على رجل من الأنصار في حائطه فقال إن كان عندك ماء بات في شنة وإلا كرعنا اهـ كرع في الماء يكرع كرعا إذا تناوله بفيه من غير أن يشرب بكفه ولا بإناء كما تشرب البهائم لأنها تدخل فيه أكارعها اهـ (قوله لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا) يعني إذا لم يكن له نية أما إذا نوى بإناء حنث به إجماعا اهـ فتح (قوله وقالا إذا شرب) أي منها كيفما شرب بإناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابت في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي وأحمد قاله الكمال (قوله ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث) هكذا شاهدته في خط الشارح رحمه الله وقد قال في معراج الدراية ما نصه ولو قال من هذا الجب أو من هذا البئر قال أبو سهل الشرغي لو كان الجب أو البئر ملآن تمكن الكرع منه فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة لإمكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وإن لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل البئر أو الجب اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث لعدم العرف بالكرع كذا في الذخيرة اهـ قوله كذا في الذخيرة أي ومثله في الظهيرية اهـ وقوله قال أبو سهل الشرغي بفتح الشين المعجمة وسكون الراء وفي آخرها غين معجمة نسبة إلى شرغ قرية من قرى بخارى قاله الشيخ عبد القادر في طبقاته اهـ وقول الشارح ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث ينبغي أن تكون عبارته هكذا ولو حلف لا يشرب من هذا البئر أو من هذا الجب يحنث فتأمل اهـ

ذلك يستحيل البر فيه فبطلت وأما اذا كانت اليمين مطلقة غير مؤقتة فان لم يكن فيه ماء لا ينعقد اليمين لاستحالة البر للحال وان كان فيه ماء انعقدت للتصور ثم يحنث بالصب لان البر يجب عليه كما فرغ فاذا صب فقد فات البر فيحنث فى ذلك الوقت كما لو مات الحالف والماء باق وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها غير أنه فى المؤقت يحنث فى آخر الوقت لان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله وفى المطلق يحنث للحال ان لم يكن فيه ماء وان كان فيه ماء يحنث عند الصب لانه يجب عليه البر كما فرغ وقد تحقق عجزه للحال فى الفارغ فيحنث فى الحال وعند الصب فى المشغول فيحنث فى ذلك الوقت وعلى هذا الخلاف اذا كانت اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائها التصور عندهما وعنده لا يشترط التصور بل محلها عنده خبر فى المستقبل سواء كان قادرا عليه أو لم يكن ألا ترى أن اليمين على مس السماء وتحويل الحجر ذهبا تنعقد لانه عقدها على خبر فى المستقبل وان لم يكن قادرا عليه وعندهما محلها خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشئ ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر وهو لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا ينعقد أصلا كيمين الغموس ولا يقال يمكن أن تنعقد اليمين موجبة للبر على وجه يظهر فى الخلف وهو الكفارة لانا نقول شرط انعقاد السبب فى حق الخلف احتمال الانعقاد فى حق الاصل ولا احتمال هنا لعدم تصور البر فلا ينعقد ولا يقال يتصور أن يوجد الله تعالى الماء فى الكوز فينعقد كما فى اليمين على تحويل الحجر ذهبا لانا نقول الماء الذى يوجده الله تعالى فيه غير محلوف عليه وانما المحلوف عليه الماء الكائن فيه وقت اليمين وهو غير متصور الوجود لتحقق عدمه فيه بخلاف تحويل الحجر ذهبا ثم أبو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والمقيد فى حق الحنث فحنثه فى المقيد فى آخر الوقت وفى المطلق ان لم يكن فيه ماء فى الحال وان كان فيه ماء فعند الصب وهما فرقا بين المطلق والمقيد فيما اذا كان فى الكوز ماء فحنثاه عند الصب فى المطلق فيه دون المقيد وقد ذكرنا فى أثناء البحث ما يحصل به الفروق من المعانى يعرفه من تأمل فيه قال رحمه الله (حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال) وقال زفر رحمه الله لا تنعقد يمينه لانه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة ولو كانت منعقدة لما حنث فى الحال لانه فى المتصور لا يحنث الا عند تحقق اليأس من فعله وهو فى آخر جزء من أجزاء حياته كما اذا حلف ليدخلن بصرة ونحوه ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن ألا ترى ان الملائكة يصعدونها وكذلك الجن قال الله تعالى حكاية عنهم وأنا لمسنا السماء الآية وكذلك انقلاب الحجر ذهبا ممكن بتحويل الله تعالى فتنعقد يمينه موجبة للبر على وجه تخلفه الكفارة عند فواته كسائر المتصورات بخلاف مسئلة الكوز فانه يستحيل أن يشرب الماء من الكوز

(قوله فبطلت عندهما) أى لا نعقادها ثم طرو العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت اه فتح وهذا عند أبى حنيفة ومحمد سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم اه فتح (قوله ثم يحنث بالصب) أى فى قولهم جميعا اه هداية (قوله غير أنه فى المؤقت) يعنى بوجهيه وهما اذا كان فيه ماء فصب أو لم يكن اه (قوله لان التوقيت للتوسعة) أى على نفسه حتى يختار الفعل فى أى وقت شاء فما لم يمض ذلك الوقت لا يتحقق ترك الفعل لان الفعل يتعين عليه فى آخر أجزاء الوقت المقدر فاذا فات الجزء الآخر فلم يفعل يحنث حينئذ اه اتقانى قال الاتقانى وقال أبو يوسف يحنث فيها اذا مضى اليوم اه (قوله وأصله) أى أصل هذا الخلاف اه (قوله وبقائها التصور) أى تصور البر اه (قوله فلا ينعقد أصلا كيمين الغموس) قال الاتقانى ولهما أن المقصود من اليمين البر فاذا فات البر يجب الكفارة خلفا عنه ثم اذا لم يتصور البر لا تنعقد اليمين لفوات المقصود ولا حنث بدون انعقاد اليمين فلا تجب الكفارة بلا حنث تحقيقه أن اليمين لا توجب الكفارة لذاتها ولهذا لا تجب الكفارة فى اللغو واليمين الغموس مع أنهما يمينان وانما تجب الكفارة بالحنث فكل يمين استحال فيها البر استحال فيها الحنث فلما استحال شرب ما لم يكن فى الكوز استحال البر فلما استحال البر استحال الحنث لان الترك انما يكون فيما يصح وجوده وهنا يحتاج الى الفرق بين هذه المسئلة حيث لا تنعقد اليمين عندهما سواء علم أو لم يعلم وبين مسئلة الجامع الكبير وهى ما اذا حلف ليقتلن فلانا وهو ميت ان علم بموته تنعقد اليمين وان لم يعلم لا تنعقد والفرق أنه اذا لم يعلم الموت عقد يمينه على الحياة القائمة ولم تنعقد اليمين لانعدام المحل كما فى مسئلة الكوز واذا كان عالما بموته فقد عقد يمينه على تفويت حياة يعيدها الله تعالى وذلك متصور كما فى قوله تعالى فأماته الله مائة عام ثم بعثه وتفويت الحياة المحدثة يكون قابلا لذلك الشخص المحلوف عليه فتنعقد اليمين ثم يحنث من ساعته لوقوع العجز عادة اه (قوله وكذلك انقلاب الحجر ذهبا ممكن بتحويل الله تعالى) أى بخلعه صفة الحجرية وإلباسه صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية فى قبول الصفات أو باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها بأجزاء ذهبية والتحويل فى الاول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق من كرامات الاولياء فكان البر متصورا فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث فى آخر جزء كما قلنا مع احتمال اعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا اه فتح ولا يقال ينبغى أن يحنث فى آخر حياته كما فى قوله ليأتين البصرة لانا نقول انما ننتظر آخر الحياة فيما يرجى وجوده غالبا لتحقق مزاحمته لزمان الحال كما فى مسئلة البصرة أما فيما لا يرجى وجوده غالبا كما فى مسئلتنا فلا لتحقق العجز فى الحال وعدم مزاحمة المآل اه (قوله فتنعقد يمينه موجبة للبر) أى لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وفى

إيجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفاني وان لم يكن له قدرة لما كان التصور والخلف وهو الفدية فتجب الكفارة هنا عقيب وجوب البر بحنثه بواسطة عجزه الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم ذكره في الفوائد الظهيرية اهـ (قوله فلا ينعقد لعدم التصور) قال الاتقاني وإنما وجب الحنث في الحال لان البر ليس له زمان ينتظر اهـ فحط الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة (١٣٦) ونحن نمنعه وكل ما وقع هنا في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا

الفارغ فلا ينعقد لعدم التصور وإنما يحنث في الحال اعتبارا للعجز الثابت عادة وهو يصلح لمنع تأخر الحنث دون منع الانعقاد ألا ترى أن الحالف إذا مات يحنث وان تصور أن يفعل بعده بإحياء الله تعالى ولان اليمين ينعقد للفائدة وقد وجدت وهي وجوب الكفارة بدلا عن البر والحكم بقاء اليمين كان لاحتمال البر وقد تحقق العجز عنه فلا فائدة في التأخير هذا إذا كانت اليمين مطلقة وان كانت مؤقتة لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت وقال زفر رحمه الله يحنث للحال لثبوت العجز كما في المطلق وهذا القول لا يستقيم منه لانه يمنع الانعقاد على ما ذكرنا آنفا فكيف يحنث الا إذا حمل على أن له رواية أخرى ولنا أنه لم يلزم البر للحال فلا يحنث بتركه للحال ولو قال ان تركت مس السماء فعبدي حر لا يحنث لان الترك لا يتصور في غير المقدور عليه عادة قال رحمه الله (لا يكلمه فناداه وهو نائم فأيقظه أو الا باذنه فأذن له ولم يعلم فكلمه حنث) أي لو حلف لا يكلم فلانا فناداه وهو نائم فنبهه أو حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم الحالف بالاذن حنث أما الاول فلانه كلمه وأسمعه فيحنث ولو لم يوقظه ذكر القدوري أنه إذا كان بحيث يسمع لو لم يكن نائما يحنث يعني بحيث يسمع لو أصغى أذنه لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا أنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع الا أنه لم يفهم لغفلته ولان استماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فأقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو أن يكون بحيث يسمع لو أصغى أذنه ولم يكن به مانع من السماع والمختار الاول لانه إذا لم ينتبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته وقيل هو على الخلاف عند أبي حنيفة رحمه الله يحنث خلافا لهما والمسئلة معروفة فان النائم عنده كالمستيقظ في حق الاحكام وأما الثاني وهو ما إذا قال لا أكلمه الا باذنه فلان الاذن مشتق من الأذان الذي هو الاعلام أو من الوقوع في الاذن قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أي اعلام وقيل سمي الكلام إذنا لانه يقع في الاذن الذي هو طريق العلم بالمسموعات وكل ذلك لا يتحقق الا بعد العلم وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب فيتم به ولا كذلك الاذن ثم اعلم أنه لا يحنث الا إذا كلمه بكلام يسمعه المحلوف عليه وهو مستأنف بعد اليمين منقطع عن اليمين فان كان موصولا بها لم يحنث نحو أن يقول ان كلمتك فأنت طالق فاذهبي أو قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا أن يريد به كلاما مستأنفا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث لانه كلم الجميع وان نواهم دونه دين ديانة لا قضاء ولو قال السلام عليكم الا واحدا لا يحنث ولو دخل دارا ليس فيها غير المحلوف عليه فقال من وضع هذا أو من أين هذا حنث لانه كلام له بطريق الاستفهام ولو قال ليت شعري من أين هذا أو من وضع هذا لا يحنث لانه مخاطب لنفسه ولو كان معه في الدار أحد لا يحنث في المسئلتين ولو كلم غيره وقصد أن يسمعه لا يحنث ولو أشار اليه أو أرسل اليه لا يحنث لان الكلام حروف منظومة ولو كان الحالف اماما لا يحنث بالتسليمتين لانه من أفعال الصلاة وليس بكلام عرفا ولو كان المؤتم هو الحالف فكذلك خلافا لمحمد بناء على أنه يخرج بسلام الامام عنده ولو سبح أو فتح عليه في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث ولو قرع عليه الباب فقال من هذا يحنث ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو لبي يحنث ولو كلمه بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو قال الحالف افعل يا حائط كذا أو كذا وقصد اسماع المحلوف عليه

منفهما اهـ فتح (قوله وان كانت مؤقتة لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت) حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث اهـ كمال (قوله في المتن فكلمه) ثابت في المتن ساقط من خط الشارح رحمه الله (قوله فان النائم عنده كالمستيقظ) قال الكمال والمراد بما نسب اليه ما ذكره في باب التيمم من أن المتيمم إذا مر على ماء وهو نائم ولا علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لم يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناسي وأضيف الى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ اهـ (قوله وأما الثاني وهو ما إذا قال لا أكلمه الا باذنه) قال في الهداية ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث قال الاتقاني وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا هو المشهور من قولهم وعن أبي يوسف أنه لا يحنث وبه قال الشافعي لان الاذن يتم بالحالف فلا يحتاج الى علم غيره كما إذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضي ولم لا يحنث يعلم المحلوف عليه فكلمه لا يحنث لان الرضا يتم بالراضي ولا حاجة الى علم الغير فكذا هنا اهـ (قوله نحو ان يقول ان كلمتك فأنت طالق فاذهبي) قال الكمال وفي المنتقى لو قال فاذهبي أو واذهبي لا تطلق ولو اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين وأما في نوادر ابن سماعة عن محمد لا أكلمك اليوم أو غدا حنث لانه كلمه اليوم بقوله أو غدا فلا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه إذا أراد أن يحلف على أحد الامرين لا يقال الا كذلك اهـ (قوله أو قومي) أي أو شتمها أو زجرها متصلا اهـ فتح (قوله وان نواهم دونه دين ديانة لا قضاء) وعند مالك والشافعي قضاء أيضا اهـ فتح (قوله أو لبي) أي قال لبي بلا كاف اهـ

لايحنث ولوقال لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدى حر فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه لايحنث لانه لم يوجد منه كلام بصفة البداءة وهو المحلوف عليه وسقط اليمين عن الحالف فلا يتصور حنثه فى تلك اليمين ابدا لان كل كلام يوجد من الحالف بعد ذلك يكون بعد وجود الكلام من المحلوف عليه فلا يحنث لان شرط حنثه أن يكون قبله كلام وعن هذا لوكان كل واحد منهما حالفا أن لا يكلم صاحبه والمسئلة بحالها لايحنث كل واحد منهما أبدا لما ذكرناه ولوقال لامرأته ان ابتدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت هى ان ابتدأتك بالكلام فعبدى حر ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لايحنث لانها سبقته بالكلام حين حلفت ولا يتصور حنثها بعد ذلك لانه حين كلمها بعد يمينها فقد سبقها بالكلام فكل كلام يوجد منها بعد ذلك يكون بعد كلامه لها ففات شرط الحنث قال رحمه الله (لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) أى لو حلف لا يكلم فلانا شهرا فابتداء مدة اليمين من حين حلف لانه لولم يذكر الشهر تتأبد اليمين فصار ذكر الشهر لاخراج ماوراءه لا لاثبات المذكور ومدّه اليه ولان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه فى الحال فيمنع نفسه عن التكلم فى الحال فيكون ابتداؤه من ذلك الوقت عملا بدلالة حاله وكذا لوقال ان تركت كلامه شهرا أوان تركت الصوم شهرا أوان لم أساكنه شهرا يتناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم مطلقا أو ترك الكلام أو ترك المساكنة مطلقا يتناول الابد فصار ذكر الوقت لاخراج ماوراءه وكذا الاجارة والآجال بخلاف قوله لاصومن أولاعتكفن شهرا لان مطلق الصوم أو الاعتكاف المطلق لايتأبد بل يتناول الادنى فى النفى والاثبات فيكون ذكر الوقت لمدّ اليه لا لاخراج ماوراءه قال رحمه الله (لايتكلم فقرأ القرآن أوسبح لم يحنث) أى لو حلف لايتكلم فقرأ القرآن أوسبح لم يحنث وعلى هذا التهليل والتكبير واطلاقه يتناول القراءة والتسبيح فى الصلاة وخارجها وهو اختيار شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده لانه لايسمى متكلما عادة وشرعا قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحدث من أمره مايشاء وان مما أحدث أن لايتكلم فى الصلاة ولم يفهم منه أحد ترك القراءة والذكر وقال عليه الصلاة والسلام ان صلاتنا هذه لايصلح فيها شئ من كلام الناس وانما هى التهليل والتسبيح وقراءة القرآن ولان الكلام مفسد ولو كانت هذه الاشياء من كلام الناس لافسدت وقال تعالى حتى يسمع كلام الله فعلم أنه ليس بكلام الناس واختار القدورى أنه اذا قرأ فى الصلاة لايحنث وخارجها يحنث لانه فى الصلاة لايسمى متكلما عادة وكذا شرعا لما روينا واختار أبو الليث أنه ان كانت اليمين بالعربية فكما قاله القدورى وان كانت بالفارسية فكما اختاره خواهر زاده والقياس أن يحنث فى الصلاة وخارجها لوجود التكلم حقيقة وهو قول الشافعى رحمه الله ووجه الاستحسان ما بينا قال رحمه الله (يوم أكلم فلانا فعلى الجديدين) أى الليل والنهار ومعناه لوقال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لايمتد وكذا الطلاق بخلاف الامر باليد وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (فان نوى النهار خاصة صدّق) أى ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهو مستعمل فيه أيضا فيصدق وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايصدق فى القضاء لانه خلاف المتعارف وقد ذكرنا اختلاف الروايتين فى صحة نية الحقيقة اذا كانت الحقيقة خلاف المتعارف فى قوله ليأتينه ان استطاع قال رحمه الله (وليلة أكلمه على الليل) أى لوقال ليلة أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل خاصة لان حقيقته فى سواد الليل خاصة كالنهار للبياض خاصة ولم يجئ استعماله فى مطلق الوقت بخلاف اليوم وهما ضدّان قال الله تعالى وهو الذى جعل الليل والنهار خلفة فان قيل كيف يصح أن يقال لم يجئ استعمال الليل لمطلق الوقت وقد أطلقته العرب على الليل والنهار حتى قال الشاعر

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة * ليالى لاقينا الحزيم وحميرا (١)

قلنا هذا القائل ذكر الليالى بعبارة الجمع وذكر عدد أحدهما بعبارة الجمع يدخل مابازائه من العدد الآخر على مابينا من الاعتكاف وكلامنا هنا فى المفرد فلا يلزمنا قال رحمه الله (ان كلمته الا أن يقدم زيد

(قوله لانه لولم يذكر الشهر يتأبد اليمين) أى لان النكرة اذا وقعت فى موضع النفى عمت اه اتقانى (قوله بخلاف قوله لاصومن أو لاعتكفن) انظر ما كتبته من كلام الكمال عند قوله فيما يأتى الزمان والحين ومنكرهما ستة أشهر (قوله لوجود التكلم حقيقة) أى لان الكلام اسم لحروف منظومة تحتها معان مفهومة فيكون قارئ القرآن متكلما لامحالة فيحنث اه اتقانى (قوله الحزيم) هكذا هو بخط الشارح (قوله وذكر عدد أحدهما) كذا هو فى خط الشارح وصوابه وذكر العددين اه وهكذا عبر فى معراج الدراية اه

(١) قوله الحزيم كذا فى بعض النسخ وفى غير هذا الكتاب لاقينا جذاما وحميرا اه

(قوله أما حتى فظاهر فانها للغاية) أى لانها حرف خافضة موضوعة لانتهاء الغاية كالى اه اتقانى (قوله وأما إلا أن) أى فلان ينتهى منع الكلام فشابهت الغاية اذا كانت غاية لمنعه فأطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم أى الى موتهم اه كمال (قوله وبعد الموت لا يتصور ذلك فبطلت) أى لان شرط بقاء اليمين تصور البر عندهما اه (قوله

أوحتى أو الاأن يأذن أوحتى فكذا فكلم قبل قدومه أو اذنه حنث وبعدهما لا) أى لو قال ان كلمت فلانا الاأن يقدم فلان أوحتى يقدم فلان أو قال الاأن يأذن لى فلان أوحتى يأذن لى فلان فاص أنه طالق فكلمه قبل قدومه أو اذنه طلقت ولو كلمه بعد القدوم والاذن لا تطلق لان القدوم والاذن صار غاية لليمين فيبقى اليمين قبل وجود الغاية فيحنث بوجود الشرط لبقاء اليمين ولا يحنث بعدها لانتهاء اليمين وانما قلنا انهما غايتان لدخول حرف الغاية فيهما وهى كلمة حتى وإلاأن أما حتى فظاهر فانها للغاية وأما إلاأن فالاصل فيها انها للاستثناء وتستعار للشرط والغاية اذا تعذر الاستثناء لمناسبة بينها وبينهما وهو أن حكم ماقبل كل واحد من الاستثناء والشرط والغاية يخالف مابعده ثم الاصل فيها اذا تعذر الاستثناء أنها متى دخلت على مالا يتوقت تكون للشرط كقوله أنت طالق الاأن يقدم فلان ان قدم لا تطلق وان لم يقدم حتى مات طلقت فحملت على الشرط كأنه قال ان لم يقدم فلان فأنت طالق لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم وكان حملها على الشرط أولى من حملها على الغاية فيه لان الطلاق لا يحتمل التأقيت لانه متى وقع فى وقت وقع فى جميع الاوقات فتعين أن تكون للشرط فيكون معلقا بعدم القدوم لا بوجوده لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون علما على عدم الطلاق وعدم القدوم على وجود الطلاق واذا دخلت على ما يتوقت تكون للغاية كما فيما نحن فيه من مسئلة الكتاب لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الاذن والكلام فحملت على الغاية لانها دخلت على اليمين وهى تقبل الغاية كما اذا حلف لا يكلمه الى رجب ونحو ذلك فكان حمله على الغاية فيه أولى من حمله على الشرط لان مناسبة الاستثناء للغاية أقوى من مناسبته للشرط ألا ترى أن الحكم موجود فيهما فى الحال بخلاف الشرط فاذا ثبت هذا فنقول اذا كلمه قبل القدوم أو الاذن حنث لان اليمين باقية قبل وجود الغاية وان كلمه بعد القدوم أو الاذن لا يحنث لان اليمين انتهت بوجود الغاية قال رحمه الله (وان مات زيد سقط الحلف) أى لو مات زيد قبل أن يأذن أو يقدم سقطت اليمين لان حكم هذا اليمين حرمة الكلام فى مدة تنتهى بالقدوم والاذن وبعد الموت لا يتصور ذلك فبطلت ولا يعتبر تصوره باعادة الحياة فيه لان المحلوف عليه الاذن أو القدوم فى هذه الحياة فصار كما لو حلف ليقتلن فلانا فمات فلان يحنث فى الحال لليأس من القتل ولا يعتبر تصور القتل لبقاء اليمين باعادة الحياة فيه وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا تبطل اليمين لان التصور ابتداء عنده ليس بشرط على ما بينا فى مسئلة الكوز فكذا بقاء فيتأبد اليمين لسقوط الغاية قال رحمه الله (لا يأكل طعام فلان أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب دابته أو لا يكلم عبده ان أشار وزال ملكه وفعل لا يحنث كالمتجدد وان لم يشر لا يحنث بعد الزوال وحنث بالمتجدد) أى لو حلف لا يأكل طعام فلان الخ ان أشار الى الطعام ونحوه بأن قال طعام زيد هذا أى هذا الطعام وزال ملك المحلوف عليه ثم أكله الحالف لا يحنث كما لا يحنث فى أكل طعامه المتجدد بان ملكه بعد اليمين وان لم يشر اليه بل أطلقه بأن قال لا آكل طعام زيد فزال ما كان يملكه فى ذلك الوقت عن ملكه فأكله لا يحنث أيضا ولو تجدد له ملك غير ذلك فأكله يحنث هنا فحاصله أنه ان أشار اليه مع الاضافة فخرج عن ملكه لم يحنث بالفعل وان تجدد له ملك لم يحنث أيضا وان لم يكن مشارا اليه يحنث فى ملكه مطلقا سواء كان موجودا فى ملكه عند اليمين أو حدث بعده أما اذا لم يشر اليه فلانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان فيحنث مادامت الاضافة باقية وان كانت متجددة بعد اليمين ولا يحنث بعد زوالها لعدم شرط الحنث وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا يحنث فى الملك المتجدد له فى الدار وحدها لان الملك لا يتجدد فيها عادة فهى أول ما يشترى وآخر ما يباع فتقيدت اليمين

أو القدوم فى هذه الحياة) أى القائمة لا فى حياته المعادة بعد موته اه قال الكمال فان قيل لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه وتعالى قادر على اعادة فلان فيمكن ان يقدم ويأذن والجواب أن الحياة المعادة غير الحياة المحلوف على اذنه فيها أو قدومه وهى الحياة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى فلا تمكن اعادتها بعينها وان أعيدت الروح فان الحياة غير الروح لانه أمر لازم للروح فيما له روح اه (قوله يحنث فى الحال) قال ابن فرشتاقى الكلام على مسئلة الكوز ولو كانت اليمين مطلقة يحنث فى الحال حين هلك المحلوف عليه اتفاقا اه (قوله وقال أبو يوسف لا تبطل اليمين) أى فتبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية حتى اذا كلم فلانا المحلوف عليه يحنث اه اتقانى رحمه الله قوله يحنث أى فى أى وقت كلمه فيه اه (قوله ثم أكله الحالف لا يحنث) أى وفى المشار اليه لو زال ملكه عنه ثم عاد فأكله يجب أن لا يحنث يتضح بهذا قول الشارح فى أثناء هذه المقالة فصار كأنه قال مادام ملكا لفلان فان الديمومة قد انقطعت بالخروج عن ملكه هذا ما ظهر حال المطالعة (قوله وان كانت متجددة بعد اليمين) والحاصل أنه بعد زوال الملك لا يحنث فى المشار ولا فى غير المشار وفى المتجدد لا يحنث فى المشار أيضا ويحنث فى غيره اه

(قوله لانها تقطع شركة الاغيار) أى بمنزلة وضع اليد على المشار اليه اه اتقانى (قوله والاضافة لا تقطع) أى لانه يجوز أن يكون لفلان دار أخرى اه اتقانى (قوله لجواز أن يكون الحامل له على اليمين غيظا) الذى فى خط الشارح لجواز أن يكون حامله غيظ اه

المضافة الى الدار بالقائمة منها فى ملكه وقت اليمين وعنه فى رواية تتقيد اليمين فى الجميع بالقائم فى ملكه وقت الحلف وهما يقولان ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه والعرف مشترك فلا يصلح مقيدا وأما اذا أشار اليه فلان اليمين عقدت على عين مضاف الى فلان اضافة ملك فلا يبقى اليمين بعد زوال الملك كما اذا لم يعين وهذا لان هذه الاعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لمعنى فى ملاكها واليمين يتقيد بمقصود الحالف ولهذا يتقيد بالصفة الحاملة على اليمين وان كانت فى الحاضر على ما بينا من قبل وهذه صفة حاملة على اليمين فيتقيد بها فصار كأنه قال ما دام ملكا لفلان نظرا الى مقصوده وهذا عندهما وقال محمد يحنث اذا فعل بعد ما خرج من ملكه لانه جمع بين الاشارة والاضافة وكل واحد منهما للتعريف الا أن الاشارة أبلغ فى التعريف لانها تقطع شركة الاغيار والاضافة لا تقطع فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة والمشار اليه قائم فيحنث وجوابهما ما بينا وقوله الاضافة تلغو مع الاشارة قلنا الاضافة انما تلغو اذا لم يكن فيها فائدة أخرى غير التعريف وهنا فى اضافة الملك فائدة أخرى غير التعريف وهو هجران صاحبها لجواز أن يكون حامله على اليمين غيظ لحقه من جهة المالك فيعتبران حتى اذا فقد أحدهما لا يحنث قال رحمه الله (وفى الصديق والزوجة حنث فى المشار بعد الزوال) أى لو حلف لا يكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه فكلمه بعد زوال الصداقة والزوجية حنث وهذا بالاجماع لان الحر مقصود بالهجران لذاته فكانت الاضافة للتعريف المحض والداعى لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لانه لم يعين أى لم يقل لا أكلم صديق فلان لان فلانا عدو لى فلا يشترط دوامها بخلاف ما مر على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها أما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية خلافا لما روى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه لخسته وسقوط منزلته ألحق بالجماد حتى يباع كالبهائم فلا يقصد بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها قال رحمه الله (وفى غير المشار لا) أى لو حلف فى غير المشار اليه من الصديق والزوجة بان قال لا أكلم صديق فلان أو زوجته فزالت النسبة اليه بان عادى صديقه أو طلق زوجته فكلمه لا يحنث وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحنث لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه ولهما أن هجران الحر لغيره محتمل وترك الاشارة والتسمية باسمه يدل على ذلك فلا يحنث مع الاحتمال بالشك قال رحمه الله (وحنث بالمتجدد) أى حنث بالمستحدث من الصديق والزوجة فى هذه الصورة وهى ما اذا حلف لا يكلم صديق فلان أو زوجته ولم يشر اليه وهذا عندهما وعند محمد لا يحنث وهو مبنى على ما تقدم من أنه يتناول المعين وهو الموجود فتكون معادا انه اذا انه عنده وعندهما لا لاجل الاضافة هذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فعلى ما نوى لانه نوى محتمل كلامه قال رحمه الله (لا يكلم صاحب هذا الطيلسان) أى حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان (فباعه فكلمه حنث) لان الانسان لا يمتنع عن كلام صاحب الطيلسان لاجل الطيلسان فكانت الاضافة للتعريف فتعلقت اليمين بالمعرف ولهذا لو كلم المشترى لا يحنث قال رحمه الله (الزمان والحين ومنكرهما ستة أشهر) والمراد بالمنكر ما لم تدخله الالف واللام منهما حتى لو قال لا أكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر لان الحين يذكر بمعنى الساعة قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون أى ساعة تمسون ويطلق على أربعين سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر والمراد أربعون سنة ويطلق على ستة أشهر قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين قال ابن عباس رضى الله عنهما هى ستة أشهر فيحمل عليه لانه هو الوسط وخير الامور أواسطها ولان اللحظة لا يقصد الامتناع عنها باليمين للقدرة على الامتناع بدونها وأربعون سنة بمنزلة الابد ومن يؤمل أن يعيش أربعين سنة ولو قصد ذلك لاطلقه ولم يذكر الحين لانه يتأبد عند الاطلاق فتعين ما عيناه والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك

(قوله فى المتن وفى غير المشار لا) قال الكمال رحمه الله وفى بعض الشروح لا أتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التى بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغى أن تنعقد على الموجود حال التزوج فلا جرم أن فى التفاريق عن أبى يوسف ان تزوجت بنت فلان أو أمته أنه على الموجود والحادث اه (قوله خلافا لما روى عن أبى حنيفة) أى أنه بمنزلة المرأة والصديق اه (قوله فى المتن فكلمه حنث) أى بالاجماع اه فتح (قوله فتعلقت اليمين بالمعرف) أى فصار كأنه قال لا أكلم هذا بالاشارة الى الصاحب اه (قوله فى المتن ومنكرهما ستة أشهر) قال الكمال فى النفى كلا أكلمه الحين أو حينا والاثبات نحو لاصومن حينا أو الحين أو الزمان أو زمانا اه (قوله قال ابن عباس هى ستة أشهر) فمن وقت الطلع الى وقت الرطب ستة أشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة أشهر اه اتقانى (قوله والزمان يستعمل استعمال الحين الخ) قال الكمال وليس المراد انه ثبت استعماله لستة أشهر ولاربعين سنة ولاقل ما ينطلق عليه بل انه ثبت استعماله فى المديد والقصير والمتوسط وهو أخو الحين فى الوضع والاستعمال فى ذلك وان لم يكن مثله فى خصوص المدة فيصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم فى زمان المنكر لم يتم فى المعرف بل الظاهر انه الابد كالدهر والعمر ولهذا صح الاستثناء منه فلو قال لا أكلمه الزمان الا سنة صح وعهدية الستة أشهر

منذحين ومنذزمان ويستوى فيه المعرّف والمنكر لان ستة أشهر لما كانت معهودة انصرف المعرف اليها هذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى شيأ فعلى مانوى لانه محتمل كلامه قال رحمه الله (والدهر والابد العمر) لان المعرف منهما براديه الابد عادة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر أى الابد وقال عليه الصلاة والسلام من صام الابد فلا صيام له أى عمره كله قال رحمه الله (ودهر مجمل) أى المنكر منه مجمل وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو كالحين والخلاف فى المنكر خاصة هو الصحيح وأما المعرف بالالف واللام براديه الابد بالاجماع على ما بينا انهما نه يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيته منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وأبو حنيفة رحمه الله توقف فيه وقال لا أدرى ما الدهر والتوقف عند عدم المرجح من الكمال كما روى انه عليه الصلاة والسلام سئل عن خير البقاع فقال لا أدرى حتى أسأل جبريل عليه السلام فسأل جبريل فقال لا أدرى حتى أسأل ربى عز وجل فصعد الى السماء ونزل فقال سألت ربى عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير أهلها من يكون أول الناس دخولا وآخرهم خروجا وسئل ابن عمر عن شئ فقال لا أدرى ثم قال بعد ذلك طوبى لابن عمر سئل عما لا يدرى فقال لا أدرى فعلم انه من الكمال والتورع وقيل انما قال لا أدرى تأدبا وحفظا للسانه عن التحدث فى الدهر فانه جاء فى الخبر انه عليه الصلاة والسلام قال لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر أى خالق الدهر وقيل وجد استعمال الناس فيه مختلفا فان المعرف منه للابد والمنكر يخالف ذلك فقال لا أدرى ما الدهر لان اللغات لا تدرك بالرأى فترك الخوض فيه بالقياس قال رحمه الله (والايام وأيام كثيرة والشهور والسنون عشرة ومنكرها ثلاثة) وكذلك الجمع والازمنة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا فى الايام وأيام كثيرة سبعة والشهور اثنا عشر وما عداها للابد والمنكر منها ثلاثة بالاجماع لانه جمع ذكر منكرا فيتناول الاقل المتيقن به بخلاف منكر المعاوضات حيث يبطل عنه لانه يفضى الى المنازعة للجهالة وأما المعرّف بالالف واللام فالاصل فيه أنه لتعريف العهد ان كان ثم معهود وان لم يكن فللجنس فاذا كان للجنس فلا يخلو اما أن ينصرف الى أدنى الجنس أو الى الكل ولا يتناول ما بينهما فاذا ثبت هذا فهما يقولان وجد العهد هنا فى الايام والشهور لان الايام تدور على سبعة والشهور على اثنى عشر فينصرف اليه وفى غيرهما لم يوجد فيستغرق العمر وأبو حنيفة يقول ان أكثر ما يطلق عليه اسم الجمع عشرة وأقله ثلاثة فاذا دخلت عليه آلة التعريف استغرق الجميع وهو العشرة لان الكل من الاقل بمنزلة العام من الخاص والاصل فى العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فحملناه عليه ولا نسلم ان ما ذكراه معهود لان انتهاءها لا انتهاء أساميها الا لانفسها وآلة التعريف انما دخلت على الايام والشهور ونحوها فانصرفت الى تعريفها فى أنفسها فصارت لاقصى ما يطلق عليه ذلك اللفظ فان قيل آلة التعريف اذا دخلت على الاعيان تفيد تعريف الجنس لا تعريف العدد ألا ترى أن من حلف لا يشترى العبيد أولا يتزوج النساء ينصرف الى الجنس لا الى العدد فوجب أن يكون كذلك قلنا العدد فى الزمان معهود لانه معدود عادة فصار صرفه الى هذا المعهود أولى من صرفه الى الجنس لانه يتبادر الى الذهن ولانه لو حمل على العدد لحمل على العشرة فحينئذ يتمكر لعدم الاولوية وذلك لا يجوز بعد دخول آلة التعريف فيكون باطلا بخلاف الزمان فان ابتداءه من وقت اليمين فلا يتنكر فان قيل الجمع المحلى بآلة التعريف يحمل على الادنى مع احتمال الكل كقوله لا أشترى العبيد ونحوه فلم حمل ههنا على الكل قلنا الاصل فى العموم الاستغراق الا اذا تعذر فأمكن ذلك فى الازمان دون الاعيان لان غرضه المنع عما يقدر عليه أو الحمل وهو لم يقدر أن يشترى الافراد كلها فى الاعيان فكيف يمنع نفسه عنه ولو امتنع عنه يضاف الامتناع الى عدم القدرة لا الى اليمين بخلاف الزمان فانه يمكنه أن يمتنع فى الكل وكذا بالفعل مرة فى ذلك الزمان يحنث لان من حلف لا يفعل شيأ فى زمان ففعله مرة حنث كمن حلف لا يكلم فلانا شهرا فكلمه مرة وفى الاعيان لا يحنث حتى يفعل فى كل فرد من أفراده فلو حمل على الاستغراق لما تصور حنثه فلا يحتاج أن يمنع نفسه عنه لعدم قدرته على الفعل فى الكل وفى قوله لا أكلمه أياما كثيرة انما انصرف الى المعهود وهو العشرة

انما ثبتت فى لفظ الحين وكون الزمان مثله ان أريد فى الوضع فسلم ولا يفيد لان المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التى استعمل فيها وسطا وان أريد فى الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هنا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا أو زمانا كان له أن يعين أى ستة أشهر شاء وتقدم الفرق اه (قوله لانه محتمل كلامه) أى لان كلا من الحين والزمان القدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط اه فتح (قوله فى المتن والدهر والابد العمر) ﴿فرع﴾ اذا قال لا أكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد فى المنكر نحو عمرا فمرة قال فى لله على صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر الا أن ينوى أقل أو أكثر اه كمال رحمه الله

عنده وعندهما السبعة لانه لما وصفه بالكثرة يعلم بالضرورة أنه لم يرد به الاقل وهو الثلاث لانه لو لم يصفه كان متناولا له ومنصرفا اليه وليس بعض الاعداد مما فوق الثلاث بأولى من البعض فينصرف الى المعهود بلفظ الايام على القولين ثم الجمع معرفا ومنكرا يقع على أيام الجمعة في المسئلة وله أن يكلمه ما بين الجمعات لانه حقيقة اسم ليوم مخصوص الا اذا نوى الاسبوع فيصدق للاحتمال والتغليظ على نفسه والله أعلم

﴿باب اليمين في الطلاق والعتاق﴾

الاصل في هذا الباب أن الولد الميت ولد في حق غيره لا في حق نفسه وان الاول اسم لفرد سابق والاخير لفرد لاحق والوسط لفرد بين العددين المتساويين وان الشخص الواحد متى اتصف بواحد من هذه الثلاثة فلا يتصف بالآخر منها للتنافي بينها وكذلك الفعل قال رحمه الله (ان ولدت فأنت كذا حنث بالميت بخلاف فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده) أي لا يعتق الذي ولد بعده ومعنى هذا الكلام ان من قال لامرأته ان ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لأمته اذا ولدت ولدا فأنت حرة لان الموجود ولد حقيقة وعرفا وشرعا حتى تنقضي به العدة والدم الذي بعده نفاس وتصير الامة به أم ولد وترجى شفاعته يوم القيامة قال عليه الصلاة والسلام ان السقط ليقوم محبنطئا على باب الجنة فيقول لا أدخل حتى يدخل أبواى فاذا كان ولدا تحقق الشرط فينزل الجزاء على أمه ضرورة بخلاف ما اذا قال اذا ولدت ولدا فهو حر حيث يشترط أن يكون حيا عند أبي حنيفة حتى اذا ولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي عنده وهو المراد بقوله بخلاف فهو حر أي بخلاف قوله اذا ولدت ولدا فذلك الولد حر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء ألا ترى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق فأبانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار انحلت اليمين فصار كما لو علق به الطلاق أو عتق غيره على ما بيناه والذي يحققه أنه لو قال ثاني ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الثاني فلولا أن الاول ولد فلما عتق لانه صار أولا وله انه لما جعل الحرية وصفا للمولود تقيد بولادة الحي نظرا الى هذا الوصف اذ الميت لا يقبله وبه فارق ما استشهدا به لان الجزاء هناك ليس وصفا للشرط أو نقول ثبتت الحياة فيه مقتضى صونا لكلام العاقل عن اللغو ألا ترى أنه لو قال ان ولدت ولدا ميتا فهو حر لغا ونظيره ما اذا قال ان ضربت فلانا فعبدي حر يتقيد بحياة المضروب لان معنى الضرب وهو الايلام لا يتحقق بعد الموت بخلاف ما اذا قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره حيث ينحل به اليمين ولم يتقيد اليمين بالشراء لنفسه لان المشتري لغيره محل الاعتاق وان كان لا ينفذ فيه الا باجازة المالك وعلى هذا الخلاف لو قال أول ولد تلدينه فهو حر فانه يتقيد بوصف الحياة عنده حتى لو ولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وعندهما لا يعتق بخلاف ما اذا قال أول ولد تلدينه حيا أو قال ان ولدت ولدا حيا فهو حر لانه قيده بالحياة نصا وبخلاف ما اذا قال أول عبد يدخل علي فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم آخر حي حيث يعتق الآخر بالاجماع في الصحيح والعذر لهما ان العبودية بعد الموت لا تبقى لان الرق يبطل بالموت بخلاف الولد والولادة

قدم هذا الباب على غيره لكثرة وقوعه في حلف الناس فكان بيانه أهم باعتبار الكثرة اه اتقاني (قوله ولد في حق غيره لا في حق نفسه) فلا يسمى ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يستحق الارث والوصية ولا يعتق اه (قوله في المتن ان ولدت فأنت كذا الخ) قال الحاكم في الكافي اذا قال لها اذا ولدت ولدا فأنت طالق فأسقطت سقطا قد استبان بعض خلقه طلقت ألا ترى أن العدة تنقضي بمثله وتصير الامة بمثله أم ولد فان لم يستبن خلقه لم يقع به طلاق ولم تنقض به عدة ولم تصر به أم ولد اه اتقاني (قوله وتصير الامة به أم ولد) ألا ترى انه يحيا في الآخرة اه اتقاني (قوله محبنطئا) المحبنطئ بالهمز وتركه المتغضب المستبطئ للشيء كذا في نهاية ابن الاثير وقال الشيخ قوام الدين في شرح الهداية يروى بغير همز وبهمز فعلى الاول معناه المتغضب المستبطئ للشيء وعلى الثاني معناه العظيم البطن المنتفخ يعني يغضب وينتفخ بطنه من الغضب حتى يدخل أبواه الجنة من حبط اذا انتفخ بطنه اه وقال الكمال والفعل منهما احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا (قوله وله أنه لما جعل الحرية الخ) قال الكمال رحمه الله ولابي حنيفة ان الشرط ليس الا الولد الحي بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون الا في الحي فيتقيد الموصوف بالشرط بالحياة والا لغا الكلام فكأنه قال اذا ولدت ولدا حيا اه (قوله حيث ينحل به اليمين) حتى لو اشترى عبدا لنفسه بعد ذلك لا يعتق اه (قوله لان المشتري لغيره محل الاعتاق) أي لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه أما الميت لا يصح ايجاب العتق فيه لا موقوفا ولا غيره اه كمال (قوله لان الرق يبطل بالموت) وايضاحه ان اسم العبد انما يتناوله باعتبار الملك والمالية فيه فكان العبد اسما للشخص قام به الملك والمالية وبالموت خرج من أن يكون مالا فلا يتناوله اسم العبد على الحقيقة وصار كأنه قال أول عبد يدخل علي وهو حي وانما سمي عبدا مجازا بالصفة الموجودة حال الحياة بخلاف الولد لان حقيقته اسم للمولود والميت مولود حقيقة كالحي فلا يتقيد بالحياة اه

(قوله لان وحده للحال لغة) أى فيقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء فى حال تفرد المشترى وهو صادق فى الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال أول عبد أملكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد فى الذات فتكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك فى ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه أول بهذا المعنى فانه فى ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولا بهذا المعنى و يلزم على هذا انه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد فى تعلق الفعل فتكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد فى تعليق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك اهـ فتح قال فى الغاية واستشكل يعنى الحكم المذكور فى مسئلة الجامع الكبير أعنى أول عبد اشتريته وحده فهو حر عالو قال أول عبد أملكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع ان طريق التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضى نفى المشاركة فى الذات و وحده يقتضيه فى الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل فى قوله فى الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبى أو امرأة وكذب ان قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا قال واحدا انه أضاف العتق الى أول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد أضاف العتق الى أول عبد لا يشاركه فيه غيره فى التمليك والثالث بهذه الصفة فيعتق اهـ (قوله ثم اشترى عبدا لا يعتق) أى أحد منهم اهـ اتقانى (قوله ولانه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى) أى حال كونى منفردا اهـ فتح (قوله فلا يكون لاحقا) قال الكمال رحمه الله وهذه المسئلة مع التى تقدمت تحقق ان المعتبر فى تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفى الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه والا لم يعتق المشترى فى قوله أول عبد أشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره اهـ (قوله فيستحيل أن يدخل فى ضده) أى لانه ليس من صفات المخلوقين أن يكون الواحد أولا وآخرا وانما هو من صفات البارى جل وعلا اهـ اتقانى (قوله فيعتبر من الثلث على كل حال) أى سواء اشتراه فى صحته أو مرضه اهـ فاتت

فانه يطلق على الميت أيضا اجماعا ولهذا لو علق به الطلاق أو حرية غيره لا يتقيد بالحياة قال رحمه الله (أول عبد املكه فهو حر فملك عبدا عتق ولو ملك عبدين معا ثم آخر لا يعتق واحد منهم) لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره فى اسمه ومعناه فالمشترى فى المسئلة الاولى وجد فيه هذا المعنى فيعتق وفى الثانية لم يوجد لانه لما اشترى العبدين معا فى عقد واحد لم يوجد فيهما الشرط وهو الفردية ولا فيما اشتراه بعدهما لعدم السبق قال رحمه الله (ولو زاد وحده عتق الثالث) أى زاد هذه الكلمة على الكلام الاول بان قال أول عبد اشتريه وحده أو أملكه وحده فهو حر فاشترى عبدين معا ثم واحدا بعدهما عتق الثالث لانه يراد به الانفراد فى حالة الشراء لان وحده للحال لغة يقال جاء زيد وحده أى منفردا فيشترط انفراده فى حالة الشراء ولم يسبقه أحد بهذه الصفة فكان أولا فصار نظير ما لو قال أول عبد أشتريه بالدنانير فهو حر فاشترى عبدا بالدراهم أو بالعروض ثم اشترى عبدا بالدنانير عتق لما قلنا وكذا لو قال أول عبد اشتريه اسود فهو حر فاشترى عبدا بيضا ثم اشترى اسود عتق وفى المسئلة الاولى قال أول عبد اشتريه ولم يتعرض لحاله فان قيل لو قال أول عبد اشتريه واحدا فهو حر فاشترى عبدين ثم اشترى عبدا لا يعتق الثالث فما الفرق بينهما قلنا الفرق بينهما ان وحده يقتضى الانفراد فى الفعل المقرون به ونفى مشاركة الغير اياه فى ذلك الفعل ولا يقتضى الانفراد فى الذات و واحدا يقتضى الانفراد فى الذات وتأكيد الموجب ألا ترى انه يصح أن يقال فى الدار رجل واحد وان كانت معه امرأة لانه يقتضى الانفراد فى ذاته وهو الرجولية لا فى الفعل المقرون به وهو الكينونة فى الدار ولا يصح أن يقال وحده لانه يقتضى وصف التفرد للرجل فى الفعل المقرون به وهو الكينونة فى الدار لا انفراده فى ذاته وهو الرجولية وعلى هذا لو قال ما فى الدار رجل واحد وفيها رجلان كان كاذبا ولو قال ما فى الدار رجل وحده كان صادقا فاذا ثبت هذا فنقول قوله أملكه وحده يقتضى التفرد فى التملك والعبد الثالث متصف بهذه الصفة على ما بيناه فيعتق وقوله أملكه واحدا صفة للعبد فيقتضى التفرد فى ذاته فلم يتعلق الحكم به وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد حالة الشراء فلم يعتق الا اذا نوى معنى التوحد فى حالة الشراء ولانه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك ولو قال أول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه فى اسمه فلا ينقطع عنه وصف الاولية والفردية كما لو ملك معه ثوبا أو نحوه بخلاف ما اذا قال أول كر أملكه فهو هدى فملك كرا ونصف كر حيث لا يلزمه شئ لان النصف يزاحم الكل فى المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيأ واحدا بخلاف الثياب والعبيد قال رحمه الله (ولو قال آخر عبد املكه فهو حر فملك عبدا فمات) أى السيد (لم يعتق) لان الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا ألا ترى انه يدخل فى قوله أول عبد املكه فيستحيل أن يدخل فى ضده قال رحمه الله (فلو اشترى عبدا ثم عبدا فمات عتق الآخر) لانه فرد لاحق و يستند العتق الى وقت الشراء حتى يعتق من جميع المال ان كان اشتراه فى صحته عند أبى حنيفة وعندهما يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتبر من الثلث على كل حال لان الآخرية تثبت بعدم شراء غيره بعده فصار العتق معلقا بعدم الشراء بعده وانما يثبت العدم عند الموت فيقتصر العتق على زمن الموت كما لو قال ان لم أشتر عليك عبدا

(قوله وعلى هـذا الخلاف فيما اذا قال آخر امرأة الخ) فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات اه فتح (قوله وترث بحكم انه فار) أى حيث حكما بطلاقها فى آخر نفس من حياته اه فتح (قوله ولها مهر واحد) أى ان كان دخل بها وكذا اذا لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت اه كمال (قوله وعليها العدة لأبعد الاجلين الخ) ظاهره ان هذا الحكم متفق عليه عند الصاحبين وليس كذلك قال الكمال وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند أبى يوسف عدة الطلاق لا غير اه وقال فى المجمع فى فصل الفار ويجعلها بالاقراء وهما بأبعد الاجلين اه وقال فى الكنز وزوجة الفار أبعد الاجلين قال الشارح وقال أبو يوسف تعتد عـدة الطلاق بالحيض وهو القياس اه (قوله وان كان الطلاق رجعيا فعليها عـدة الوفاة) أى بالاتفاق بين الثلاثة اه (قوله ولا ترث منه) (١٤٣) أى لانها طلقت ثلاثا وقت تزويجها

فأنت حر فلم يشتر حتى مات يعتق المخاطب مقتصرا على حالة الموت فكذا هذا لانه فى معناه والمعنى هو المعتبر وله ان الآخرية تثبت الثانى كما اشتراه الا أن هـذه الصفة بعرض الزوال لاحتمال شراء غيره بعده فاذا مات ولم يوجد ما يبطل صفة الآخرية تبين أنه كان آخرا منذ اشتراه فيعتق من ذلك الوقت كما لو علق الطلاق أو العتاق بالحيض فرأت الدم لم يحنث للحال لاحتمال الانقطاع دون الثلاث فاذا استمر ثلاثة أيام تبين ان العتق أو الطلاق كان واقعا من وقت رأت الدم وقولهم ان صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره بعده قلنا نعم ولكن ذلك غير مذكور فلم يجعل شرطا شرعا ألا ترى أنه لو آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر ثم قال كنت فئت اليها لم يقبل قوله مع أن الطلاق معلق بعـدم القربان لكنه لما لم يكن ملفوظا صريحا لم يجعل شرطا بخلاف ما لو قال ان لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن فلما مضت أربعـة أشهر قال كنت قربتها فى المدة فانه يقبل قوله كذا هنا وعلى هـذا الخلاف فيما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا يقع عند الموت عندهما وترث بحكم أنه فار ولها مهر واحد وعليها العدة لأبعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة وان كان الطلاق رجعيا فعليها عـدة الوفاة وتحد وعنـده يقع منذ تزوجها فان كان دخل بها فلها مهر ونصف مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا حـداد ولا ترث منه ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم طلق الاولى ثم تزوجها ثم مات طلقت التى تزوجها مرة لان التى أعاد عليها التزوج اتصفت بكونها أولى فلا تتصف بالآخرية للتضاد كمن قال آخر عبـد أضربه فهو حر فضرب عبدا ثم ضرب آخر ثم أعاد الضرب فى الاول ثم مات عتق المضروب مرة قال رحمه الله (كل عبد بشرنى بكذا فهو حر فبشره ثلاثة متفرقون عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر سار صدق ليس للمبشر به علم عرفا ويتحقق ذلك من الاول دون الباقين ألا ترى الى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن ومعه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما فقال عليه الصلاة والسلام من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد فأخبره بذلك أبو بكر ثم عمر فكان يقول ابن مسـعود بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر فقد سمى أبا بكر مبشرا لانه أخبره بخبر سار صدق وليس له به علم وهذا بخلاف الخبر حيث لا يشترط عدم العلم به حتى لو قال من أخبرنى بقدوم فلان فهو حر فأخبره ثلاثة متفرقون عتقوا لما بينا ورونا لكنه يشترط أن يكون صدقا كالبشارة ولو أرسل اليه العبد عتق فى البشارة والخبر لان الكتاب والمراسلة تسمى بشارة وهذا بخلاف الحديث حيث لا يحنث الا بالمشافهة ولو أن عبد الله أرسل عبـدا آخر بالبشارة فجاء الرسول وقال للمولى ان فلانا يقول لك قد قدم فلان عتق المرسل دون الرسول وهـذه بمنزلة الكتاب ولو قال الرسول ان فلانا قد قدم ولم يقل أرسلنى عتق الرسول خاصة قال رحمه الله (وان بشروه معا عتقوا) لان البشارة تحققت من الجميع لانها عبارة عن خـبر يغير بشرة الوجـه لغة وفى العرف عبارة عما بيناه وهى تتحقق من الجماعة قال الله تعالى فبشروه بغلام عليم قال رحـمه الله (وصح

اه فتح (قوله لان البشارة اسم لخبر سار صـدق) قال الكمال وقد أورد على اشتراط الصدق فى البشارة ان تغير الوجه كما يحصل بالاخبار السار صدقا كذلك يحصل كـذبا وأجيب بما ليس بمفيـد والوجه فيه نقل اللغة والعرف اه (قوله فى المتن وان بشروه معا عتقوا) قال الحاكم وان قال عنيت واحدا لم يدين فى القضاء وأما فيما بينـه وبين الله تعالى فيسعه أن يختار منهم واحدا فيمضى عتقه ويمسك البقية اه اتقانى (قوله لانها عبارة عن خبر يغير بشرة الوجه) أى من فرح أو ترح قال الله تعالى فبشرهم بعذاب أليم فبشرناها باسحق اه كافى قال الكمال رحمه الله ويشترط كونه سارا فى العرف وأما فى اللغـة فهو ما يغـير البشرة سارا أو ضـارا قال تعالى فبشرهم بعـذاب أليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكره به الوعيد كما فى الآية المذكورة فلو ادعى انه فى اللغة أيضا خاص بالمحبوب وما ورد به فى المكروه فمجاز دفع عـادة اشتقاقه وهى البشرة فانها تفيد أن لذلك الخبر أثرا فى البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته فى المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الأأن على العرف بناء الايمان اه وكتب على قوله بشرة الوجه ما نصـه والبشرة ظاهر الجلد ومن ذلك قولهم باشر الرجل امرأته اذا ألصق بشرته ببشرتها اه (قوله فبشروه بغلام عليم) بالفاء فى خط الشارح وهكذا هو فى النسخ وكذا هو فى فتح القدير كما شاهدته بخط ابن أمير حاج والتلاوة وبشروه بغلام عليم بالواو لا بالفاء وفى شرح الاتقانى كما شاهـدته بخط العينى فبشروه بغـلام حليم والتلاوة فبشرناه بغلام حليم وهى فى سورة الصافات والاولى فى الذاريات اه

(قوله وقال زفر والشافعي لا يجوز) أي عن واحد منهما اه فتح (قوله عن الكفارة) وهو قول أبي حنيفة الأول وهو القياس اه اتقاني (قوله ومعنى هذه المسألة الخ) قال الكمال رحمه الله وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد والا فالحاصل ان عتق أم الولد عن الكفارة لا يجزى معلقا ولا منجزا والفرق بين الشراءين مع ان الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد أن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجيزا اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء عتق من وجه اه (قوله فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة) قال الاتقاني أما العتق فلوجود الشرط المذكور في اليمين السابقة وهو الشراء وأما عدم الاجزاء عن كفارة اليمين فلانها لما استحقت العتق بالاستيلاد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها لم يكن كل العتق مضافا الى الشراء لان الاستيلاد علة العتق من وجه والواجب عليه عن كفارة اليمين تحرير كامل لا تحرير من وجه دون وجه اه (قوله فعندهما علة العتق القرابة) أي المتقدمة لا الشراء فان الشراء شرط العتق وانما اقترنت النية بالشراء الذي هو الشرط لا بالعلة فصار كعتقه بيمين متقدمة بيانه أن الواجب عليه التحرير والشراء ليس بتحرير للمنافاة بينهما لان الشراء استجلاب الملك والتحرير ازالة الملك والدليل على ان استحقاق العتق بالقرابة ان أحد الشريكين اذا ادعى نسبه يضمن لشريكه نصيبه فيه كما لو أعتقه اه اتقاني (قوله لانها تجب بالقرابة كما في النفقة) والحاصل من دليل زفر والشافعي أن العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا الشراء القريب لانها التي ظهر أثرها في وجوب الصلات كالنفقة فهي المؤثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره وأما ان يكون الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه اه (قوله فاشتراه ناويا عن التكفير فانه لا يجزيه) وذلك لان عتق العبد وجب عليه بقول كان منه فليس له بعد ذلك أن يصرفه الى غيره حتى اذا قال هو حر يوم اشتريه وعنى به أن يقع عما عليه من العتق ثم اشتراه أجزأه لاقتران نية الكفارة بالاعتاق الذي هو علة العتق بخلاف الصورة الاولى حيث لم تقترن نية الكفارة بعلة العتق بل اقترنت بشرط العتق وليس للشرط أثر في ايجاب العتق لان العتق ثبت بقول سابق وهو قوله حر فصار كأنه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لا يجوز فكذا هذا قاله الاتقاني (قوله أي يعتقه بذلك الشراء) بيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الولد معتقا للوالد بالشراء فيكون الشراء اعتاقا بالاحالة لان العتق المبتدأ لم يوجد بالاتفاق فكان اشتراؤه عتقا وكلام الرسول يجب صيانته عن الالغاء فلو لم يكن الشراء اعتاقا لزم الالغاء ومثله وارد في كلام العرب كما في قولهم سقاه فأرواه أي بالسقي يؤيده ما روى صاحب السنن باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر بيانه أنه عليه الصلاة والسلام جعل الحر بجزاء الملك والشراء علة للملك فكأنه قال من اشترى قريبه فهو حر فيكون الشراء تحريرا واعتاقا وقد اقترنت النية به فجاز عما عليه وهذا بخلاف ما اذا ورث أباه ينوي به الكفارة حيث لا يجزيه لان الميراث يدخل في ملك الوارث واختياره والتكفير يتأتى بالتحرير الذي هو صنعه وفي الاسباب السابقة أعني الهبة والصدقة والوصية يحصل صنعه وهو القبول اه اتقاني (قوله أي بذلك الضرب) والترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم اه

شراء أبيه للكفارة لا شراء من حلف بعتقه وأم ولده) وقال زفر والشافعي لا يجوز شراء أبيه أيضا عن الكفارة ومعنى هذه المسألة في أم الولد أن يقول لامة غيره وقد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة والاصل فيه ان النية اذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير والا فلا والخلاف في المسألة الاولى بناء عليه فعندهما علة العتق القرابة لانها علة الصلات بين الاقارب لانها تجب بالقرابة كما في النفقة والتزاور والشراء شرط العتق لانه سبب الملك والاعتاق سبب لزواله وبينهما تناف فاستحال اضافة العتق الى الشراء فلم تتصل النية بعلة العتق فلا يصح كما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا عن التكفير فانه لا يجزيه وهو المراد بقوله لا شراء من حلف بعتقه والجامع بينهما ان نية التكفير قارنت الشرط في المسألتين وهو الشراء لا العلة والعلة هو التعليق الاول ولهذا تشترط الاهلية عنده حتى لو قارنته النية صح وجاز عن الكفارة ولان فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه فلا تجوز كغيرها من القرب الواجبة عليه ولنا أن شراء القريب اعتاق قال عليه الصلاة والسلام لا يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه الجماعة الا البخاري أي يعتقه بذلك الشراء لانه لا يحتاج للعتق الى شيء آخر وهذا كما يقال سقاه فأرواه أي بذلك السقي وضربه فأوجعه أي بذلك الضرب وقد اقترنت النية به فوجب القول بجوازه لاقتران النية بعلة العتق والدليل على انه اعتاق أن الرجل لو اشترى نصفه من أحد الشريكين يضمن ان كان موسرا وهذا الضمان لا يجب الا على المعتق ولان الشراء يوجب الملك والملك يوجب العتق في القريب فيضاف الملك مع حكمه الى شرائه لانهما حدثا به وهذا كمن رمى انسانا فأصابه فمات قتل به كما لو حز رقبته بالسيف لان

الرمي

الرمي يوجب نفوذ السهم ومضيه في الهواء والنفوذ سبب الوقوع في المرمي اليه والوقوع سبب الجرح وهو سبب الموت فيضاف كله الى الرمي الذي هو علة ولان العتق صلة وللملك تأثير في استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء كما للقرابة تأثير في استحقاق الصلة فكانا علة ذات وصفين ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما لان تمام العلة به وآخر الوصفين هنا الملك فيكون به معتقا ولهذا لو ادعى أحد الشريكين نسب نصيبه من العبد المشترك ضمن نصيب شريكه لان القرابة صارت آخر الوصفين فصار بها معتقا ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثاني حيث لا يضاف الحكم اليها وحدها وان تمت الحجة بها بل يجب عليهما ضمان ما أتلفا بشهادتهما عند الرجوع لان الشهادة لا توجب شيأ بدون القضاء والقضاء يكون بهما جميعا ولا يقال ان العتق مستحق بالقرابة لانا نقول الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة ولا معنى لقولهم فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه لانه لما جاز صرفها الى عبده فأولى أن يجوز الى أبيه بخلاف غيرها من أنواع الواجبات كالاطعام والكسوة والزكاة لانه لا يجوز صرفها الى عبده فكذا الى أبيه وعلى هذا الخلاف لو وهب له قريبه أو تصدق عليه به أو أوصى له به فقبل ناويا عن الكفارة بخلاف ما اذا ورثه فانه جبري وليس له فيه صنع ولا اختيار ولهذا لا يجب عليه الضمان لشريكه فلا يمكن أن يجعل معتقا بدون اختياره ومباشرته وانما لا يجوز شراء من حلف بعتقه عن الكفارة اذا نوى بالشراء عن الكفارة لان النية لم تقترن بالعلة وهي اليمين ولا يقال المعلق بالشرط كالمنجز عنده فيكون علة في ذلك الوقت وقد اقترنت النية به فيه لانا نقول هو كالمنجز في ذلك الوقت حكما لا حقيقة ألا ترى ان الاهلية شرط النية وهي تشترط عند العلة وهي اليمين وأما الشراء فشرط محض لانه لا يضاف اليه الحكم وهو العتق وانما يضاف الى اليمين السابق لانه هو المؤثر حتى لو اقترنت النية به بان قال ان اشتريتك فأنت حر عن كفارة يميني فاشتراه جاز عن كفارته لاقتران النية بالعلة الا اذا كانت أمة قد استولدها بالنكاح فان عتقها لا يجزى عن الكفارة لاستحقاقها الحرية بجهة أخرى وقال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها قال رحمه الله (ان تسريت أمة فهي حرة صح لو في ملكه) أي لو قال ان تسريت أمة فهي حرة فتسرى أمة كانت في ملكه يوم حلف عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لانها تتناول المملوكة في ذلك الوقت على العموم لكون الامة نكرة في سياق الشرط وهو كالنفي قال رحمه الله (والالا) أي وان لم تكن الجارية التي استولدها في ملكه حين حلف لا يصح ومراده انه لا يتناول من ليس في ملكه يوم حلف حتى لو اشترى جارية وتسرى بها لا تعتق وقال زفر رحمه الله تعالى تعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك كمن قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير كأنه قال ان تزوجتك وطلقتك فعبدي حر لان الطلاق لا يصح الا في الملك فصار ذكره ذكرا للملك فكذا هنا ولا يقال هذا اثبات الملك بالاقتضاء وهو لا يرى الاقتضاء لانه يجوز أنه أثبته بدلالة اللفظ أو الحذف اذ اثبات ما لم يذكر لا ينحصر بالاقتضاء بل الظاهر انه من باب دلالة اللفظ لانه بمجرد ذكر التسري يسبق الملك الى الفهم وفي الاقتضاء لا يلزم الفهم من اللفظ وقد يتفق كما في قوله ان أكلت أو شربت يفهم منه الطعام وهو مقتضى ولنا ان اليمين بالعتق انما يصح في الملك أو مضافا اليه أو الى سببه ولم يوجد واحد منها في حقها وهذا لان التسري عبارة عن التحصين والمنع عن الخروج مأخوذ من السرية واحدة السراري وهي منسوبة الى السر وهو الجماع أو الاخفاء أو الى السرور لان الانسان يسر بها أو الى السري وهو السيد وهي من جملة ما غير في النسب الى فعلية كما قالوا في النسب الى الدهر دهري والى الارض السهلة سهلي وقلبت احدى الراآت ياء في تسريت وأصله تسررت كما قلبت احدى النونات ياء في تظنيت وأصله تظننت وطلب الولد ليس بشرط في التحصين التسري خلافا لابي يوسف رحمه الله حتى

(قوله فكان ذكره ذكرا للملك) أي فكأنه قال ان ملكت جارية فتسريتها فهي حرة اه (قوله ولم يوجد واحد منها) أما الملك فظاهر وأما الاضافة الى الملك فلانه لم يقل ان ملكت أمة وأما الاضافة الى سبب الملك فلانه أضافها الى التسري وهو ليس بسبب للملك الامة فلم يصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسري عبارة عن التحصين والاسكان وهو أن يبوئها ويمنعها من الخروج عند أبي حنيفة ومحمد اه وعند أبي يوسف طلب الولد مع ذلك شرطه لان السرية في العادة هي التي يطلب ولدها اه كافي (قوله وهو السيد) أي لانها اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الاماء اه كافي (قوله خلافا لابي يوسف) قال الاتقاني وعند أبي يوسف لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا والمراد من طلب الولد ان لا يعزل ماءه ولو لم يفعل بها شيأ من هذا ولكن وطئ خادمه فعلقت منه لم تعتق لانه لم يتسرها قال الكمال رحمه الله ومعنى التسري عند أبي حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدها للجماع أفضى اليها بمائه أو عزل عنها وعند أبي يوسف ونقل عن الشافعي أنه لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف أنه لو وطئ أمة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع الى الجماع أو غير ذلك لا تقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه فأخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد انما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلد

لوعزل عنها الا تكون سرية عنده فاذا كانت عبارة عن التحصين وذلك يكون بملك النكاح كما يكون بملك اليمين فكان من ضرورته ملك المتعة لا ملك الرقبة فلا يصير ذكره ذكر ملك اليمين كما اذا قال لجارية الغير اذا جامعتك فأنت حرة فاشتراها وجامعها لم تعتق لما قلنا بخلاف الطلاق لانه لا يملك التطليق الا بملك النكاح فيصير ذكره ذكرا للنكاح ولئن سلمنا ان ذكر التسري ذكر لملك اليمين لا يلزم منه عتقها الا ان اشتراط الملك ثبت اقتضاء ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدرها ولا يظهر ثبوته في حق صحة الجزاء وهو الحرية لان ما ثبت اقتضاء الضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر فيما وراءها وهذا لانه لما جعل التسري شرطا للعتق يحتاج الى اثبات الشرط وهو التسري ولا يكون التسري الا في الملك فلزم الملك ضرورة صحة هذا الشرط وهو التسري وأما نزول الجزاء فالشرط مستغن عنه لانه يمكن ثبوت الشرط بدون نزول الجزاء ألا ترى ان التسري يوجد وان لم تعتق الامة وفي مسئلة الطلاق ظهر النكاح في حق الشرط وهو الطلاق الذي علق به العتق ولم يتعد الى الجزاء وانما يعتق العبد الذي في ملكه لانه صادف التعليق لكونه في ملكه للحال وللانسان أن يعلق عتق عبده بشرط سيوجد ووزان مسئلتنا ما لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لم تطلق ثلاثا لان ذكر الطلاق ذكر للنكاح لصحة الطلاق الذي هو الشرط ولم يكن ذكرا للنكاح في صحة الجزاء وهو وقوع الثلاث المعلق بالطلاق الذي هو الشرط وما قاله زفر لا يصح لانه لو كان كما قاله لما تناول من كان في ملكه يوم حلف لانه لما كان تقدير الكلام ان ملكت جارية وتسريت بها فهي حرة فلا تعتق من كانت في ملكه يومئذ اذا تسرى بها ووزان ما استشهد به زفر أن يقول لامة ان تسريت بك فعبدي حر فاشتراها فتسرى بها عتق عبده الذي كان في ملكه وقت الحلف ولا يعتق من اشتراه بعده قال رحمه الله (كل مملوك لي حر عتق عبيده القن وأمهات أولاده ومدبروه) لان المطلق ينصرف الى الكامل وملكه لهؤلاء كامل لانه يملكهم رقبة ويدا ولو قال أردت به الرجال دون النساء دين ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض أو بالعكس حيث لا يصدق ديانة ولا قضاء لانه نوى التخصيص بوصف ليس في اللفظ ولا عموم له ان لم يدخل تحت اللفظ فلا تعمل فيه نية التخصيص ولو قال نويت النساء دون الرجال لم يصدق لان المملوك حقيقة للذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة لكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ التذكير عادة بطريق التبعية ولا يستعمل فيهن عند انفرادهن فتكون نيته لغوا بخلاف ما اذا قال نويت الرجال خاصة حيث يصدق ديانة لانه نوى حقيقة كلامه لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وكذا لو قال نويت غير المدبر لم يصدق قضاء قال رحمه الله (لا مكاتبه) أي لا يعتق مكاتبه بهذا اللفظ لان الملك فيه ناقص لانه خرج من ملك المولى يدا ولهذا لا يملك المولى اكسابه وليس له أن يطأ مكاتبته ويضمن جنايته عليه كجنايته على الاجنبي وكذا معتق البعض لا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده فيكون قاصرا فلا يدخل تحت الاطلاق الا بالنية كالمختلعة لا تدخل تحت قوله كل امرأة لي طالق بخلاف المدبر وأم الولد لان الملك فيهما كامل فيدخلان تحت الاطلاق والرق فيهما ناقص لاستحقاقهما الحرية من وجه فلا يجزيان عن الكفارة والمكاتب عكسه فان رقه كامل وملكه ناقص فانعكس الحكم لذلك قال رحمه الله (هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير في الاولين) لان كلمة أو لاثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الاولين وعطف الثالثة على المطلقة منهما لان العطف للمشاركة في الحكم وهو الطلاق فيختص بمحل الحكم وهي المطلقة فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه قال رحمه الله (وكذا العتق والاقرار) حتى اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا ولو قال في الاقرار لفلان علي ألف درهم أو لفلان وفلان كان خمسمائة للاخير وخمسمائة بين الاولين يجعله لايهما شاء لان كلمة أو لاحد المذكورين على ما بينا فكأنه أقر لاحد الاولين وللثالث بألف فيكون للثالث نصفه ولاحدهما نصفه وذكر في المغني ان النصف للاول والنصف للآخرين

له اذا عرف هذا فاعلم أنه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد وقال زفر تعتق اه (قوله لانه لما كان) كذا بخط الشارح اه (قوله في المتن كل مملوك لي حر عتق عبيده القن) القن الرقيق ينطلق بلفظ واحد على الواحد وغيره فيقال عبد قن وعبيد قن وأمة قن بالاضافة وبالوصف أيضا وربما جمع على اقنان وأقنة وهو الذي ملك هو وأبواه ومن كانت أمه أمة وأبوه عربيا فهو هجين اه مصباح (قوله لا يعتق مكاتبه بهذا اللفظ) أي الا أن ينويه اه

(قوله الا أن فى الطلاق ونحوه) أى العتق والاقرار اه (قوله ولا تطع منهم آثما أو كفورا) أى آثما ولا كفورا اه كافى (قوله فصار كأنه قال لا أكلم فلانا ولا فلانا) هكذا هو فى معراج الدراية وفى الكافى وصار كأنه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا وفلانا ولا تخالف بين العبارتين فى المعنى والله الموفق

والصواب الاول وعليه المعنى لان الثالث معطوف على من له الحق منهما فيكون شريكاله ولو كان معطوفا على ما يليه كما ذكر لكان المقر به للاول وحده أو للآخرين لانه أوجبه لاحد المذكورين لا لهما فتنتفى الشركة اذا مات قبل البيان ولو قال والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فان كلم الاول وحده حنث ولا يحنث بكلام أحد الآخرين حتى يكلمهما فجعل الثالث فى الكلام مضموما الى الثانى على التعين وفيما تقدم جعله مضموما الى من وقع له الحكم والفرق ان أو اذا دخلت بين شيئين تناولت أحدهما منكرا الا ان فى الطلاق ونحوه الموضع موضع الاثبات فتخص فتطلق احداهما وفى الكلام الموضع موضع النفى فتعم عموم الافراد قال الله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا فصار كأنه قال لا أكلم فلانا ولا فلانا فينضم الثالث الى ما يليه لانهلما كانت أو لعموم الافراد صار كل واحد منهما كلاما على حدة كأن الاول انقطع وشرع فى الكلام الثانى والعطف فيه لا ينصرف الى الاول بخلاف الطلاق وأمثاله فان الاتصال فيه بين الكلامين ثابت فيكون الثالث معطوفا على من وجب له الحكم ولان قوله طالق لا يصلح أن يكون خبرا للمثنى وفى ضم الثالث الى الثانى جعله للمثنى لانه يصير كأنه قال هذه طالق أو هاتان طالق فلا يجوز الا اذا قال طالقان لان المفرد لا يصلح خبرا للمثنى بخلاف الكلام فان قوله لا أكلم يصلح للمثنى ولا قل وأكثر وهذا كله اذا لم يذكر للثانى والثالث خبرا فاذا ذكر له خبرا بان قال هذه طالق أو هذه وهذه طالقان أو قال هذا حر أو هذا وهذا حران فانه لا يعتق أحد ولا تطلق بل يخير ان اختار الايجاب الاول عتق الاول وحده وطلقت الاولى وحدها وان اختار الايجاب الثانى عتق الاخيران وطلقت الاخيرتان والله أعلم

﴿ باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج والصوم والصلاة وغيرها ﴾

الاصل فيه ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لم يحنث الحالف ان لا يفعل بمباشرة وكيله لوجود الفعل من الوكيل حقيقة وحكما وان كانت حقوقه ترجع الى الآمر يحنث بفعل الوكيل كما يحنث بالمباشرة لان الوكيل فيه سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر ويتوقف لو باشره بغير أمره ولا ينفذ عليه وفى الاول الوكيل مباشر ولهذا لا يضيفه الى الآمر بل الى نفسه وينفذ عليه لو باشره بغير أمره قال رحمه الله (ما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد) أى الاشياء التى يحنث الحالف بمباشرتها ولا يحنث بالتوكيل بفعلها هى هذه الاشياء التى عدها من البيع والشراء والاجارة الخ وهو القسم الاول من الاصل الذى ذكرنا وانما لا يحنث الحالف فى هذه الاشياء بمباشرة الوكيل لان الفعل وجد من الوكيل حقيقة وكذا حكما ولهذا رجعت الحقوق اليه حتى لو كان الوكيل حالفا يحنث بمباشرتها فلم يوجد الفعل من الموكل لا حقيقة ولا حكما فلا

﴿ باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج والصوم والصلاة وغيرها ﴾

قال الكمال والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده واعلم أن الاصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر يستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره كذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشترى ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذى يستناب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول ادعى لموكلى وكذا الفعل الذى يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث بشئ من هذه من فعل المأمور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سافر ناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعل نفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكاتب أو لا يهب أو لا يتصدق أو لا يوصى أو لا يستقرض أو لا يصالح عن دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يعير أو لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المأمور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار اه وكتب على قوله والتزوج ما نصه ليس فى خط الشارح اه (قوله فى المتن وضرب الولد) قال فى القنية معزيا الى المحيط ولو حلف لا يضرب ولده فأمر غيره فضربه لا يحنث وقيل الزوجة نظير الولد وقيل نظير العبد ثم رسم للقاضى البديع وقال ان جنت المرأة فنظير العبد وان لم تجن فنظير الحر وقال رحمه الله ولو فصل أحد فى الولد بتفصيله فى الزوجة فحسن اه (قوله ولهذا رجعت الحقوق اليه) أى وكان هو الطالب بالتسليم بالثمن أو المثمن والمخاصم بالعيب وبالغبن الموجود والاجرة اه فتح (قوله حتى لو كان الوكيل حالفا يحنث بمباشرتها) أى لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعى فى الاظهر وعند مالك وأحمد يحنث

لان بالامر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلق له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهذا الشرط الحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذى هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعلى بخلاف الحلق لان اليمين لم ينعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه ان كان ممن يقدر على ذلك ويفعله اه فتح (قوله فحينئذ يحنث بالامر) اى وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما باشر بنفسه عقد بعض البيعات اه فتح (قوله فى المتن وما يحنث بهما الخ) قال فى القنية فى باب اليمين على عقد ما يشترط فيه قبول صاحبه وما لا يشترط بعد ان رقم لسيف الائمة السائلى حلف لا يوكل فوكل رجلا فلم يقبل ينبغى أن يحنث اه ولو حلف لا يوكل فأمر غيره أن يوكل عنه فوكل هل يحنث (قوله والعتق والكتابة) أى والصلح من دم العمد هكذا هو فى نسخ المتن وساقط من خط الشارح ذكره فى (١٤٨) القنية أيضا معزيا للمحيط اه (قوله والهبة والصدقة) أى والوقف كذلك اه لـ

(قوله وضرب العبد) قال فى الهداية ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعله يحنث فى يمينه اه (قوله وقضاء الدين وقبضه) أى والخصومة والشركة بأن حلف لا يشارك فلانا فأمر غيره يعقد مع فلان عقد الشركة نيابة عنه اه اتقانى (قوله منقول أيضا الى الآمر) قال فى الكافى وان حلف ليضربن عبده أو ليخيطن ثوبه أو ليبنين داره فأمر غيره بر فى يمينه الا أن يعنى أن يليها بيده ولو حلف على حر ليضربنه فأمر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيمينه وليس هذا كالعبد وأما السلطان أو القاضى اذا قال لاضربنه فأمر غيره فضربه بر الا أن ينوى بيده فيدين فى القضاء اه اتقانى (قوله وينزجر عن القبائح) أى فلم ينسب فعل المأمور الى الآمر وان كان يرجع الى الاب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا لا موجب للفعل وأما فى عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر و يقول العامى لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولدان يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاد ذلك ولم يكذب فقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتى و يحنث بفعل المأمور اه كمال رحمه الله (قوله ولا ألى) بفتح الهمزة وكسر اللام وفتح الياء التحتية أى أتولاه اه (قوله صدق ديانة) أى لانه نوى شيأ يحتمله لفظه فصحت نيته والله تعالى عالم الغيب والشهادة يعلم من ضميره ما لا يعلمه غيره اه اتقانى قال الكمال فى الهداية ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث قال الكمال يعنى اذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد ووجه الشافعية وأكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبه الى الآمر مجازا ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما يفعل المأمور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تأبونه قلنا لا نسلم ملك اضافته الى نفسه بل لا يستغنى عن اضافته الى موكله كان ناقل عبارة للموكل فانضاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به ألا ترى انه يقال فى العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان وكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظرا

يحنث الا اذا نوى أن لا يأمر به غيره فحينئذ يحنث بالوكيل لانه شدد على نفسه فتصح نيته و يحنث بفعله أيضا لانه تناوله حقيقة فلا يتغير بنيته أو يكون مثله لا يباشر هذه الاشياء كالقاضى والامير فحينئذ يحنث بالامر لان كل أحد يمنع نفسه باليمين عما يعتاده وعادته الامر به دون المباشرة فينصرف اليه لان اليمين تتقيد بالعرف و بمقصود الحالف ولهذا تتقيد بمباشرته بنفسه لو كان مثله ممن يباشر هذه الاشياء حتى لا يحنث بالتوكيل لان غرضه بالحلف التوقى من الحقوق وان كان يباشر تارة ويأمر أخرى يعتبر الاغلب قال رحمه الله (وما يحنث بهما النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل) أى الاشياء التى يحنث فيها بالمباشرة والتوكيل النكاح والطلاق الى آخر ما ذكر حتى لو حلف لا يفعل شيأ من هذه الاشياء يحنث بمباشرته وبمباشرة وكيله خلافا للشافعى فى مباشرة الوكيل لان الفعل وجد من المأمور حقيقة ومن الآمر حكما فوجد شرط الحنث من الآمر من وجه دون وجه فلا يحنث كما فى القسم الاول ولنا أن غرض الحالف التوقى عن حكم العقد وحقوقه وهذه العقود تنتقل اليه بحقوقها فصار مباشرة الوكيل كمباشرته فى حق الاحكام والحقوق وصار الوكيل سفيرا ومعبرا ولهذا لا يستغنى عن اضافتها اليه ولو باشرها بغير اذنه لا ينفذ عليه فاذا فعلها بأمره فقد وجد منه شرط الحنث فيحنث وما كان منها حسيا كضرب الغلام والذبح ونحوهما منقول أيضا الى الآمر حتى لا يجب الضمان على الفاعل فكان منسوبا اليه فيحنث ومنفعة ضرب العبد عائدة الى المولى اذ العبد يجرى على موجب أمر المولى و يسعى فى مصالحه اذا ضربه فصار ضربه كضرب المولى بخلاف ضرب الولد فان معظم منفعته تحصل للولد لانه يتأدب به و يرتاض و ينزجر عن القبائح فصار كمن حلف لا يضرب رجلا حرا فأمر بضربه حيث لا يحنث بضرب المأمور اياه لانه لا يملك ضربه فلا يصح أمره الا أن يكون الآمر ذا سلطان أو قاضيا فحينئذ يحنث لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فيملكان الامر به فيضاف فعل المأمور اليهما ولهذا لا يجب على الضارب بأمرهما الضمان فى الحد والتعزير ولو قال الحالف فى الطلاق والتزوج ونحوهما من الحكميات نويت أن لا أتكلم به ولا ألى بنفسى صدق ديانة لا قضاء بخلاف ما اذا قال فى ذبح الشاة وضرب العبد نويت أن

لا ألى بنفسى حيث يصدق ديانة وقضاء والفرق بينهما أن الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضى الى وقوع الطلاق على المرأة والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى أن لا يلى فقد نوى الخصوص فى العام فلا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر فى العام العموم دون الخصوص والضرب ونحوه فعل حسى يعرف بأثره المحسوس فى المحل وانما يحصل ذلك بالفعل فكان فيه حقيقة والنسبة الى الآمر بالتسبب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضاء فصار الضابط ان كل فعل يرجع حقوقه الى الآمر أو يحتمل نقل حكم فعله الى غيره يحنث الحالف بمباشرة المأمور والا فلا ثم انما يحنث بالطلاق والعتاق اذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين وأما اذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين فلا يحنث حتى لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف أن لا يطلق فدخلت لم يحنث لان وقوع الطلاق عليها بكلام كان قبل اليمين ولو حلف أن لا يطلق ثم علق الطلاق بالشرط ثم وجد الشرط حنث ولو وقع عليها الطلاق بمضى مدة الايلاء فان كان الايلاء قبل اليمين لا يحنث والا حنث ولو فرق بينهما بالعنة لا يحنث عند زفر وعن أبى يوسف رحمه الله روايتان وعلى هذا لو حلف أن لا يعتق يشترط للحنث وقوع العتق بكلام وجد بعد اليمين ولو أدى المكاتب فعتق فان كانت الكتابة قبل اليمين لا يحنث وان كانت بعده يحنث قال رحمه الله (ودخول اللام على البيع والشراء والاجارة والصياغة والخياطة

الى الغرض وهو أعم مما يلزم بمباشرته أو بمباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز اه (قوله والامر بذلك مثل التكلم به) أى لان المأمور به كالرسول به ولسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهى الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده أمر شرعى فالحلف على تركه حلف على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى أعم من ان يتحقق بمباشرته أو بمباشرة المأمور فنية أحدهما خلاف الظاهر أما الذبح والضرب ففعل حسى لا يتوقف تحقق أثره على الآمر لان الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا اذن قال الكمال ولو زوجه فضولى فأجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفى الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندى لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه اه قوله ولا فرق بين التوكيل بعد اليمين أو قبله أى فى الحنث وعدمه فى هذه المسئلة الا انه اذا كان عقد الفضولى قبل اليمين وأجاز الحالف بعدها بالقول أو الفعل فعدم الحنث لا خلاف فيه واذا كان عقد الفضولى بعد اليمين فأجاز الحالف بعدها بالقول فالحنث على المختار وان أجاز بالفعل فعدم الحنث على قول أكثر المشايخ قال قاضيخان والفتوى على قول الاكثر اه (قوله يعرف بأثره المحسوس فى المحل) أى ولا يحتاج فيه الى الآمر حتى يكون ضربا أو ذبحا فانه اذا ضرب عبد الغير أو ذبح شاة الغير يسمى ذلك ضربا أو ذبحا وان وقع بغير أمر وانما نسبة الفعل الى الآمر بسبيل التسبيب مجازا اه اتقانى (قوله فى المتن ودخول اللام الخ) (١٤٩) قال العلامة قوام الدين الاتقانى رحمه الله والاصل فى معرفة ذلك ان تعرف ان اللام قد تكون للتمليك كقولهم المال لزيد وقد تكون للتعليل وهو المنبئ عن الباعث على الفعل كقولهم فعلت هذا الامر لابتغاء مرضاتك أى لاجل ابتغاء مرضاتك فلما كان مشتركا يجب صرفه الى أحد الوجهين لوجود المرجح أو لتعذر صرفه الى الآخر والاصل الآخر ان تصحيح الكلام مع مراعاة نظم الكلام أولى من تصحيحه مع تغيير نظامه والاصل الآخر أن كل فعل تجرى فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة لغيره وما لا تجرى فيه الوكالة لا يعمله لغيره فيتعين الكلام فيه للملك فاذا عرفنا هذا فنقول اذا قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان المعنى ان بعت لاجلك هذا الثوب لانا لو جعلناه للتمليك يتغير نظم الكلام لان اللام حينئذ تصير صلة للثوب والصلة لا تتقدم على الموصول فلا بد من التقدير فيه بان يقال معناه ان بعت ثوبا لك وقد تقدم أن تصحيح الكلام مع مراعاة نظم الكلام أولى من تصحيحه مع تغييره فقلنا معناه ان بعت لاجلك ثوبا لئلا يتغير النظم ولم يوجد البيع لاجل المحلوف عليه لعدم أمره فلم يحنث أما اذا قال ان بعت ثوبا لك يحنث سواء باعه بامره أو بغير أمره لان اللام ذكرت عقيب الثوب فكانت للتمليك فكان شرط الحنث بيع ثوب مملوك لفلان لا البيع لاجله وقد وجد بيع الثوب المملوك لفلان وسواء وجد الامر أو لم يوجد وكذلك الحكم فى كل فعل تجرى فيه الوكالة اذا قدم اللام على العين تكون للتعليل وان أخر تكون للتمليك مثل قوله ان خطت لك قميصا أو قميصا لك أو ان صغت لك حليا أو حليا لك أو ان اشتريت لك جارية أو جارية لك أو ان استأجرت لك دارا أو دارا لك أو ان بنيت لك دارا أو دارا لك ونحوه ولو قال فى ما لا تجرى فيه الوكالة ان ضربت لك عبدا أو ان ضربت عبدا لك أو ان مسست لك ثوبا أو ان مسست ثوبا لك أو دخلت لك دارا أو دخلت دارا لك أو ان أكلت لك طعاما أو أكلت طعاما لك أو شربت لك شرابا أو شربت شرابا لك يحنث سواء قدم اللام أو أخر وسواء فعل بامره أو بغير أمره لان هذه الاشياء لا تجرى فيها الوكالة اذ ليس لهذه الاشياء عهدة يرجع بها المأمور على الآمر فتكون اللام للتمليك اذا لم يكن له نية ولو نوى غير ذلك تصح نيته لانه يؤدى ما يحتمله كلامه قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير وكلا الفصلين فى القياس سواء

والبناء كان بعت لك ثوبا لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه بأن كان بأمره كان ملكه أولا وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بأن كان ملكه أمره أولا أى دخول اللام على الفعل كقوله ان بعت لك ثوبا أو اشتريت الخ كان لاختصاص الفعل بالشخص المحلوف عليه يعنى يشترط أن يكون الفعل وهو البيع ونحوه لاجل المحلوف عليه بأن كان بأمره سواء كان الثوب ملكا للمحلوف عليه أولم يكن بعد ان باعه الحالف بأمره حتى لو دس المحلوف عليه ثوبه وباعه الحالف بغير علمه لايحنث لان حرف اللام لما دخلت على البيع وهو قوله ان بعت لك ثوبا أى ان بعت لاجلك ثوبا اقتضت اختصاص البيع به وذلك بأن يفعله بأمره اذ البيع تجرى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخلت على العين وهو الثوب لانه أقرب اليها فاقتضت اختصاص العين به وهو المراد بقوله فى آخره والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بأن كان ملكه أمره أولا أى دخول اللام على العين كقوله ان بعت ثوبا لك يكون اليمين لاختصاص العين بالمحلوف عليه بأن كان ملكه سواء أمره أولم يأمره وهذا الاختلاف الذى ذكره بين دخول اللام على الفعل وبين دخولها على العين اذا كان الفعل مما يملك بالعقد وتجرى فيه النيابة كالبيع والشراء ونحوهما وان كان مما لايملك بالعقد كدخول الدار وضرب الغلام والاكل والشرب لايختلف الحكم بينهما اذا دخلت على الفعل أو على العين بل يكون اليمين فيهما لاجل اختصاص العين بالمحلوف عليه حتى لو قال ان دخلت لك دارا أو ان دخلت دارا لك أو ان ضربت لك غلاما أو غلاما لك ونحو ذلك يحنث كيفما كان وهو المراد بقوله وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب أى لو دخلت اللام على الدخول والاكل والشرب الخ كانت اليمين لاختصاص العين بالمحلوف عليه فصار كدخولها على العين ولهذا عطف العين على هذه الاشياء وانما كان كذلك لان اللام للاختصاص وأقوى وجوهه الملك فاذا جاورت الفعل أوجبت ملكه دون العين ان كان ذلك الفعل مما يملك بالعقد كالبيع والشراء وبناء الدار ونحوها وان كان مما لايملك بالعقد كالاكل والشرب ودخول الدار ونحوها لايفيد ملك الفعل لاستحالته ويفيد ملك العين لانه يحتمل كلامه بأن يقدر فيه تأخيرها بخلاف الفصل الاول فان كل واحد منهما مما يملك بالعقد فرجحنا الفعل بالقرب وان جاورت العين توجب ملك العين مطلقا لان الاعيان كلها تملك فلا حاجة الى التعيين وذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد دون العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فصار نظير الاجارة لانظير الاكل والشرب والغلام يطلق على الولد قال الله تعالى فبشرروه بغلام وذكر قاضيخان أن المراد به العبد للعرف ولان الضرب مما لايملك بالعقد ولا يلزم به فانصرف الى المحل المملوك بالتقديم والتأخير على ما بينا قال رحمه الله (فان نوى غيره صدق فيما عليه) أى ان نوى خلاف ما اقتضاه ظاهر كلامه صدق فيما فيه تشديد على نفسه ديانة وقضاء وفيما فيه تخفيف يصدق ديانة لاقضاء وذلك مثل أن ينوى بقوله ان بعت لك ثوبا معنى قوله ان بعت ثوبا لك أو بالعكس لانه نوى ما يحتمله كلامه على ما بيناه من قبل فيصدق قال رحمه الله (ان بعته أو ابتعته فهو حر فعقد بالخيار حنث) أى لو قال المالك ان بعت هذا العبد فهو حر فعقد بالخيار حنث أو قال غيره ان اشتريته فهو حر فباعه بشرط الخيار أو اشتراه بشرط الخيار عتق لوجود شرط العتق وهو البيع أو الشراء ولقيام الملك عند وجود الشرط لان البيع بشرط الخيار يمنع خروج المبيع عن ملكه فكان ملكه قائما عند الشرط فيحنث وكذا المشترى ملكه قائم عند وجود الشرط اما عندهما فظاهر لان خيار المشترى لايمنع دخول المبيع فى ملكه وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فيصير كأنه قال بعد الشراء أنت حر فيصير مختارا لذلك الامضاء وله ذلك بخلاف ما اذا علقه بالملك بأن قال ان ملكتك فأنت حر حيث لايعتق به عنده لان الشرط وهو الملك لم يوجد عنده لان خيار المشترى يمنع دخول المبيع فى ملكه على قوله وعندهما يعتق لوجود الشرط لان خيار المشترى

لكن الاغلب انه اذا قدم قوله لك فى فعل يجرى فيه التوكيل يراد به الفعل لاجله وهى لام التعليل واذا أخر يراد به لام التمليك وفى فعل لايجرى فيه التوكيل الاغلب ان المراد لام التمليك سواء قدم أو أخر فاجرى الباب على ما عليه أغلب كلام الناس اه (قوله حتى لو دس) يقال دس الشئ فى الشئ أى أخفاه فيه يدسه بالضم دسا قاله الاتقانى وقال فى المصباح دسه فى التراب دسا من باب قتل دفنه فيه وكل شئ أخفيته فقد دسسته ومنه يقال للجاسوس دسيس القوم اه (قوله وباعه الحالف بغير علمه لايحنث) أى لان تقدير الكلام ان بعت ثوبا بوكالتك وأمرك ولم يوجد اه كافى (قوله دون ملك العين) يعنى وذا أن يفعل بأمره لان نفع ذلك الفعل يقع له اه كافى (قوله فان كل واحد منهما) أى من الفعل والعين اه (قوله توجب ملك العين) أى لا ملك الفعل فصار تقديره عينه ان بعت ثوبا هو مملوك لك اه كافى (قوله فبشرروه بغلام) بالفاء فى خط الشارح (قوله فيصير كأنه قال بعد الشراء أنت حر الخ) ومن اشترى عبدا على أنه بالخيار وأعتقه بعد الشراء يسقط خياره ويثبت الملك مقتضيا للاعتاق سابقا عليه كذا هنا كافى

لايمنع الدخول فى ملكه وبهذا يفرق لابى حنيفة رحمه الله بين شراء القريب وبين شراء من علق عتقه بالشراء حيث لايعتق القريب بالشراء بشرط الخيار ويعتق الآخر به على ماذكرنا لانه لم يوجد منه الاعتاق فى القريب وانما يعتق اذا ملكه ولم يدخل فى ملكه مع خياره بخلاف المعلق عتقه بالشراء لان الشرط قد وجد فى حقه على ما بينا وينزل معتقا فى ذلك الوقت لتقدم التعليق منه وفى القريب لاينزل لعدمه ولو باعه بعدما حلف بيعا باتا لم يعتق لانه كما باعه تم البيع فيه وزال عن ملكه والجزاء لاينزل فى غير الملك وينبغى أن ينحل اليمين لوجود الشرط وهو البيع حقيقة ولو كان الخيار للبائع لايحنث المشترى لان المشترى لم يتمكن بهذا الشراء من شئ فكان كأن الشراء لم يوجد قال رحمه الله (وكذا بالفاسد والموقوف) أى وكذا يحنث بالفاسد من البيع والشراء وبالموقوف منهما فى يمينه أن لايبيع أولا يشترى أولا يبيع ولا يشترى فأما الفاسد منهما فان كان الحالف هو البائع ينظر فان كان العبد فى يد المشترى مضمونا عليه بمثل غصب لايعتق لانه كما يتم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات وينبغى أن تنحل اليمين لما قلنا فى الصحيح البات وان كان العبد فى يد البائع عتق لانه لايزول ملكه قبل التسليم ولو كان المشترى هو الذى حلف بعتقه فاشتراه شراء فاسدا فان كان فى يده مضمونا على الوجه الذى ذكرناه يعتق لدخوله فى ملكه كما تم البيع والافلا وفى المحيط عن أبى يوسف لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا شراء فاسدا ثم تاركا البيع ثم اشتراه شراء صحيحا لايعتق لانه حنث بالشراء الفاسد لانه شراء حقيقة فانحلت اليمين به وارتفعت وهذا دليل على انه لو اشتراه شراء فاسدا والعبد فى يد البائع تنحل اليمين لا الى جزاء لعدم الملك قبل القبض ثم بالقبض لايعتق لانه ليس بشراء وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايحنث بالفاسد ولا بما فيه خيار لاحدهما أصلا لان الفاسد ناقص ذاتا لايفيد الملك للحال ولا بعد القبض على الكمال لانه لايفيد الحل فكان الشرط معدوما من وجه وشرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق بالعقد فصار كالايجاب بلا قبول وجه الظاهر انه كامل ذاتا لوجود الاهلية والركن والمحل وتخلف الحكم من الملك والحل لايضر كالهبة وشراء أخته من الرضاع ولا يقال التعليق بالشرط اعدام قبله فوجب أن لايحنث كما لايحنث بتعليق الطلاق فى يمينه أن لايطلق لانا نقول ذلك فى الاسقاطات التى تتعلق بالشرط لا فى البيع لان فى البيع ذات العقد موجود وأثر الشرط فى تأخير الحكم لا فى العقد ولهذا ينبرم بموت من له الخيار ولو كان معلقا لبطل لما عرف فى موضعه من المطولات وأما الموقوف فلانه قد وجد فيه البيع حقيقة لوجود ركنه وشرطه ومحله وكذا حكما على سبيل التوقف فيحنث وصورة المسئلة أن يقول ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا من فضولى حنث بالشراء لان الاجازة شرط الحكم دون السبب والركن قد وجد قبلها ولهذا يستند الحكم عند الاجازة اليه ويثبت عندها به لا بها وعن أبى يوسف أنه يصير مشتريا عند الاجازة كالنكاح ونحن نقول الفرق بينهما أن المقصود من النكاح الحل ولم ينعقد الموقوف لافادته بخلاف البيع فان المقصود منه الملك دون الحل ولهذا تجامعه الحرمة فيحنث فيه من وقت العقد وفى النكاح من وقت الاجازة وعلى هذا لو حلف أن لايبيع فباع ملك الغير بغير اذن صاحبه يحنث لوجود البيع منه حقيقة على ماذكرنا فى الشراء ولهذا ترجع الحقوق اليه قال رحمه الله (لا بالباطل) أى لايحنث بالبيع الباطل ولا بالشراء الباطل فى يمينه لايبيع أولا يشترى لانه ليس ببيع حقيقة ولا حكما حتى لايفيد شيأ من أحكام البيع ولو اتصل به القبض حتى لو قال ان اشتريت اليوم شيأ فعبدى حر أو ان بعت عبدى فهو حر فباعه بميتة أو حر لايحنث بخلاف ما اذا باعه بخمر لانه فاسد على ما عرف والاول باطل لان الميتة ليست بمال عند أحد ولو اشترى مدبرا أو أم ولد لايحنث لانه انعقد لهما سبب الحرية وهى تنافى الانعقاد ولو قضى بجوازه القاضى يحنث للحال لان قضاءه يؤثر فى ازالة المانع من الجواز فيقتصر على وقت القضاء فيحنث حينئذ بخلاف اجازة بيع الفضولى فانه يستند الى وقت وجوده فيمتد السبب فيه الى وقت الاجازة ولهذا لو أعتقه المشترى قبل الاجازة ينفذ عند الاجازة وفى أم الولد والمدبر لاينفذ عند القضاء لان المانع كان ممتدا اليه فأبطل الايجاب فكان

(قوله ولو باعه بعدما حلف بيعا باتا لم يعتق) أى بالاجماع اه

(قوله في المتن أو دبر) أي تدبيرا مطلقا اهـ كمال (قوله رجل قال ان لم أبع هذا العبد) أي أو هذه الامة اهـ (قوله ولا يقال لم يقع اليأس لجواز أن ترتد الخ) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير من المشايخ من قال اذا عقد اليمين على بيع الجارية ثم أعتقها أو دبرها لا يحنث لاحتمال أن تسبي بعد الردة فتباع والصحيح جواب الكتاب لانه عقد اليمين في هذا الملك وبالاعتاق والتدبير وقع اليأس عن البيع في هذا الملك اهـ (قوله وعن أبي يوسف انها الخ) قال الكمال وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكروا عن أبي يوسف في شرح الجامع الصغير لا تطلق واختاره شمس الأئمة وكثير من المشايخ اهـ (قوله لا تطلق) قال الاتقاني ومال كثير منهم الى هذا القول اهـ (قوله فيكون مطابقا له) أي فكأنه قال كل امرأة لي غيرك اذا تزوجها فهي طالق ثلاثا والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون افصاحا فتكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة فينصرف الطلاق الى غيرها اهـ اتقاني (قوله ولنا أن العمل بالعموم واجب) قال الاتقاني وجه ظاهر الرواية أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب اهـ ﴿فروع﴾ قال لي اليك حاجة أتقضيها فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثا له أن لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يأمره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا ان كان ما يدل على قصده الى ذلك عند تحليفه على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليه طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا عما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو أجازه بالفعل قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كانا رأياني دخلت الدار لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما أن الاولين رأياه دخل ادعت انها امرأته فحلف بطلاق كل امرأة له بقرية زوجة أخرى له ما هي امرأته فأقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي وطلقتها لا يحنث حلف ما له عليه شيء فشهد أن له عليه ألفا وقضى بها القاضي يحنث في قول أبي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند أبي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا أنه أقرضه ألفا والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه يأخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة أو زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احداهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احداهما خير في ايقاعه على أيهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فأمرت زوجها أن يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج أن لا يصدقها الا انها صارت متناقضة حلف ان لم يجامع امرأته ألف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما وقت التكلم اهـ كمال رحمه الله

القضاء باطلا الا ذلك المبطل والمكاتب كالمدبر في زواله لكن قضاء القاضي لا يتصور فيه ويتصور فيه رضاه ولو حلف أن يبيع هذا الحر فباعه بر لان البيع الصحيح لا يتصور فيه فانعقد على الباطل وكذا لو عقد يمينه على الحرة أو أم الولد لما ذكرنا وعن أبي يوسف في الحرة وأم الولد ينعقد على الصحيح لانه يمكن فيهما بأن ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبي قال رحمه الله (ان لم أبع فكذا فأعتق أو دبر حنث) أي رجل قال ان لم أبع هذا العبد فامرأتي طالق أو نحو ذلك ثم أعتقه أو دبره حنث وكذا لو كانت أمة فاستولدها لتحقق العجز عن البيع لفوات محله ولا يقال لم يقع اليأس لجواز أن ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبي وتسترق ان كان المحلوف عليه أنثى لانا نقول الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وذلك لا يمكن بعد هذه التصرفات وقضاء القاضي ببيع المدبر موهوم والاحكام لا تبنى على الموهومات فيتحقق اليأس عن البيع نظرا الى الاصل قال رحمه الله (قالت تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق طلقت المحلفة) يعني اذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق طلقت التي حلفته وهي المخاطبة وعن أبي يوسف رحمه الله أنها لا تطلق لان كلامه خرج جوابا لكلامها فيكون مطابقا له ولانه قصد ارضاءها وذلك بطلاق غيرها فيتقيد به وهو وان زاد في الجواب لكن الزيادة ليست بلغو وانما تخرج الزيادة الكلام من أن يكون جوابا اذا كانت لغوا وهنا فيها فائدة وهو تطييب قلبها وتسكين نفسها بأبلغ الوجوه حتى لا تؤوله على غير التي ظنت ولنا أن العمل بالعموم واجب ما أمكن وقد أمكن هنا فيعمل به وهذا لان جوابه كان أن يقول ان تزوجت فهي طالق فكان بالزيادة مبتدئا وجاز أن يكون غرضه ايحاشها والحاق الغيظ بها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام وهو خلاف الظاهر ولو قالت له تريد أن تتزوج علي فقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق دخلت المخاطبة حتى لو أبانها ثم تزوجها طلقت خلافا لابي يوسف والمعنى ما بينا قال رحمه الله (علي المشي الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة حج أو اعتمر ماشيا فان ركب أراق دما) أي رجل قال علي المشي الى بيت الله أو الى الكعبة لزمه حج أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأراق دما والقياس أن لا يلزمه شيء لانه التزم المشي وهو ليس

بقربة مقصودة بل هو وسيلة اليها كالوضوء والسعي والنذر بما ليس بقربة مقصودة لا يجوز ولا يجب وانما يجوز بقربة مقصودة ولها نظير من الواجبات في الشرع لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فان لم يوجبه الشرع لا يوجبه العبد وجه الاستحسان ان هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام عرفا وشرعا اذا الناس تعارفوا التزام الاحرام بهذه العبارة وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أخت عقبة حين نذرت أن تمشي الى بيت الله الحرام أن تحرم بحجة أو عمرة ولا فرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام والالتزام لا يختلف باختلاف الاماكن وكذا اذا قال علي المشي الى مكة يلزمه الاحرام بأحدهما للعرف فاذا لزمه فله الخيار ان شاء مشى وهو أكمل وفيه ايفاء بما التزمه كما التزمه وقال عليه الصلاة والسلام من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة ولان هذا اللفظ وان كان عبارة عن الالتزام لكن فيه نص على المشي وفي المشي فضيلة فتراعى تلك الصفة لفضيلتها بخلاف ما اذا نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة فانه عبارة عن التزام التصدق به بمكة ولا يلزمه أن يضرب به الحطيم لعدم التقرب بالضرب وان شاء ركب وذبح شاة لقوله عليه الصلاة والسلام مرها فلتركب ولترق دما وكانت نذرت أن تحج ماشية وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط أن من حلف بالمشي الى بيت الله تعالى وهو ينوي مسجدا من المساجد سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لان المنوي من محتملات لفظه اذ المساجد كلها بيوت الله تعالى على معنى انها تحررت عن حقوق العباد فكانت معدة لاقامة طاعته تعالى قال رحمه الله (بخلاف الخروج أو الذهاب الى بيت الله تعالى أو المشي الى الحرم أو الصفا والمروة) أي بخلاف ما اذا قال علي الخروج أو الذهاب الى بيت الله تعالى أو علي المشي الى الحرم أو الى الصفا والمروة حيث لا يلزمه شيء بهذه العبارة وكذا اذا قال علي المشي الى المسجد الحرام لا يلزمه شيء لان التزام الحج أو العمرة بهذه العبارات غير متعارف واللزوم للعرف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا في قوله علي المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام عليه حجة أو عمرة لان الحرم والمسجد الحرام شامل للبيت فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وجوابه ما ذكرنا أن المعتبر فيه العرف وليس فيه عرف ولا مدخل للقياس فيه ولهذا لا يلزمه بلفظة الذهاب والخروج وان قال الى بيت الله تعالى قال رحمه الله (عبده حر ان لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق) أي لو قال لعبده ان لم أحج هذه السنة فأنت حر ثم قال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم تقبل الشهادة ولا يعتق وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط وهو عدم الحج ولهما أن هذه شهادة قامت على النفي فلا تقبل كما لو شهدا أنه لم يحج وهذا لان الشهادة بالتضحية باطلة اذ لا مطالب لها وهي لا تدخل تحت الحكم أيضا فبقي النفي مقصودا والشهادة على النفي مقصودا باطلة فان قيل الشهادة بالنفي انما لا تقبل اذا لم يحط بها علم الشاهد وأما اذا أحاط بها فتقبل وهنا أحاط بها علم الشاهد لان من ضرورة ثبوت التضحية انتفاء الحج فصار نظير شهادتهما على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة لاحاطة علم الشاهد به فكذا هنا بخلاف

(قوله بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه) أي عن البيت اه (قوله وان قال الى بيت الله تعالى) قال الاتقاني اعلم أن مسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه في وجه يلزمه اما حجة أو عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شيء بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه أما الوجه الذي يلزمهم بالاتفاق فهو ما اذا قال لله علي المشي الى بيت الله أو علي المشي الى الكعبة أو علي المشي الى مكة وفي رواية النوادر الى بكة وكل ذلك متعارف وأما الوجه الذي لا يلزمه شيء بالاتفاق فهو ما اذا قال لله علي الخروج الى بيت الله وكذا اذا ذكر لفظ السعي أو السفر أو الذهاب أو الركوب أو الاتيان لعدم العرف وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا قال لله علي المشي الى الحرم أو المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وقال صاحباه يلزمه اما حجة أو عمرة وجه قولهما ان الحرم أو المسجد الحرام يشمل كل واحد منهما البيت فاذا ذكر البيت وحده يلزمه فكذا اذا ذكر ما يشمله ووجه قول أبي حنيفة ان في لفظ المشي ليس ما ينبئ عن الحج أو العمرة الا ان في النذر بالمشي الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة ثبت الحكم بالاجماع خارجا عن القياس فبقي الباقي على أصل القياس لعدم العرف ولهذا لو قال لله علي المشي الى الصفا أو الى المروة أو الى باب بني شيبة لا يلزمه شيء بالاتفاق اه (قوله لان الشهادة بالتضحية باطلة الخ) قال الاتقاني ولئن قال الشهادة على التضحية وهي اثبات فمن ضرورتها يلزم عدم الحج ضمنا والضمنيات لا تعلل قلنا الشهادة على الاثبات انما تقبل اذا كانت مما يدخل تحت القضاء والتضحية لا تدخل تحت القضاء فلا تقبل الشهادة عليها وذلك لانها لا مطالب لها من جهة العباد فلا تدخل تحت القضاء لانها ان كانت تطوعا فظاهر وان كانت واجبة فالقاضي لا يجبر عليها فثبت عدم المطالب فلما انتفت الشهادة على التضحية ثبت أنها قامت على نفي الحج والشهادة على نفي الحج لا تقبل لما قلنا اه (قوله اذ لا مطالب لها) أي لان المدعي وهو العبد لا حق له فيما يطلبه لان العتق لم يعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة اه كمال

(قوله أو بنيا على ظاهر العدم) حاصل الجواب ان هذا نفى يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نفى ونفى فى عدم القبول بأن يقال النفى اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيرا ودفعا للحرج اللازم فى تمييز نفى من نفى اهـ (قوله ولا يفرق بين نفى ونفى تيسيرا للامر الخ) قال الكمال رحمه الله وأما مسئلة السير فالقول باعتبار أنها شهادة على السكوت الذى هو أمر وجودى فصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفى فى ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فأما النحر وان كان وجوديا ونفى الحج فى ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها فى حقه فكان النفى هو المقصود بها وأما ما فى المبسوط من أن الشهادة على النفى تقبل فى الشروط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار فأنت حر فشهد أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط فأجيب عنه بأنها قامت بأمر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفى ضمنا ولا يخفى أنه يرد عليه أن العبد كما لا حق له فى التضحية اذا لم تكن هى شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له فى الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج فى مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو موجود متضمن للمدعى به من النفى المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة (١٥٤) التضحية المتضمنة للنفى المدعى به فقول محمد رحمه الله أوجه اهـ (قوله فأقام البينة انه لم يدخل تقبل) أى ويقضى بعتقه اهـ (قوله وقد وجد) أى تمام حقيقته اهـ (قوله وبعدها تكرار) قال الكمال ولان بمجرد الشروع فى الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا نزل ابراهيم عليه الصلاة والسلام ذابحا حيث أمر السكين فى محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة فلذا قال فيمن حلف لا يصلى انه اذا قام وركع وسجد حنث اذا قطع ولو قطع بعد الركوع لا يحنث لم يدخل فى الوجود تمام حقيقتها اهـ (قوله لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البتيراء) أى نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما فى الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه فى الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة فى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكور فى الجامع قول محمد يعنى وحده وهو غير لازم فان المذكور عن أبى يوسف حلف لا يصلى ركعة فصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا تحقق الا بضم أخرى اليها والمذكور فى الجامع الصغير حلف لا يصلى ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الابتر وهو فى الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفى البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلى صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلى صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرنا وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتى الفجر ينبغى أن لا يحنث حتى يقعد اهـ كمال وكتب على قوله البتيراء ما نصه أى الركعة الواحدة اهـ كافى كمال (قوله وقالا ليس عليه أن يهدى الا اذا غزلته من قطن كان الخ) قال فى الكافى ولا خلاف أن القطن أو الغزل اذا كان فى ملكه يوم حلف والمسئلة بحالها انه هدى ومعنى الهدى التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها اهـ قال الكمال ومعنى الهدى هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان

شهادتهما أنه لم يحج لانا لا ندرى هل شهدا عن علم أو بنيا على ظاهر العدم قلنا البينات شرعت للاثبات دون النفى فترد ولا يفرق بين نفى ونفى تيسيرا للامر ودفعا للحرج بخلاف المستشهد به فان ذلك شهادة على أمر محسوس وهو السكوت فان قيل الشهادة على النفى فى الشروط مقبولة كما اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فأقام البينة أنه لم يدخل تقبل ذكره فى المبسوط قلنا هو الآخر معاين وهو كونه فى خارج الدار قال رحمه الله (وحنث فى لا يصوم بصوم ساعة بنية) أى لو حلف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر يحنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد لان الشارع فى الفعل يسمى فاعلا ثم بالافطار بعد ذلك لا يرتفع الحنث المتقرر ولان الامساك المستمر تكرار وتكرار الفعل المحلوف عليه ليس بشرط للحنث قال رحمه الله (وفى صوما أو يوما بيوم) أى يحنث فى يمينه لا يصوم صوما أو يوما بصوم يوم لانه ذكر الصوم مطلقا اذ ذكر المصدر فينصرف الى الكامل وهو المعتبر والمفيد لحكمه شرعا وفى قوله يوما تصريح فى تقديره باليوم فلا يحنث فيهما الا بصوم يوم كامل قال رحمه الله (وفى لا يصلى بركعة) أى فى يمينه لا يصلى يحنث بركعة وهو ما اذا قيدها بسجدة ولا يحنث ما لم يقيدها بها والقياس أن يحنث بالشروع اعتبارا بالصوم وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن أركان مختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة ألا ترى أنه لا يقال صلى ركوعا ولا صلى سجودا وانما يقال صلى ركعة وهى تشتمل على الاركان كلها وبعدها تكرار بخلاف الصوم لان الامساك ركن واحد ويتكرر ذلك بعده ثم ان محمدا لم يذكر أنه متى يحنث واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحنث بنفس السجدة وقال بعضهم يحنث برفع الرأس منها قال رحمه الله (وفى صلاة بشفع) أى لا يحنث الا بشفع فى يمينه لا يصلى صلاة لان الصلاة المطلقة تنصرف الى الكامل وهى الركعتان لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البتيراء قال رحمه الله (ان لبست من غزلك فهو هدى فملك قطنا فغزلته ونسج فلبس فهو هدى) أى لو قال ذلك لامرأته كان الحكم كما ذكره وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا رحمهما الله ليس عليه أن يهدى الا اذا غزلته من قطن كان فى ملكه

يوم حلف لان النذر لا يصح الا في الملك أو مضافا اليه أو الى سببه لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولم يوجد واحد منها اذ غزل المرأة واللبس ليسا من أسباب الملك فصار نظير ما لو قال ان تسريت أمة فهي حرة على ما مر ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الغزل سبب للملك ولهذا يملك به الغاصب وغزل المرأة من قطن الزوج سبب لملك الزوج عادة ولهذا لو اشترى قطنا وغزلته ونسجته بغير اذنه كان ملكا له بحكم العرف لانها لا تغزله عادة الا له والمعتاد كالمشروط ولولا ذلك لكان ملكا لها كما لو غزله الاجنبي فاذا كان سببا للملك يكون ذكره ذكرا للملك كسائر أسباب الملك ولهذا لو غزلته من قطن كان في ملكه يوم حلف ونسجته ولبسه يحنث بخلاف مسئلة التسري فان التسري ليس بسبب للملك على ما بيناه في موضعه فلم يكن ذكره ذكرا للملك قال رحمه الله (لبس خاتم ذهب أو عقد لؤلؤ لبس حلي) أما الذهب فلانه لا يستعمل الا للتزين فكان لبسه لبس الحلي ولهذا حرم استعماله على الرجال فكان كاملا في معنى التحلي فدخل تحت مطلق اسم الحلي حتى لو حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم ذهب يحنث لما ذكرنا وأما عقد اللؤلؤ فالمذكور هنا على اطلاقه قولهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فليس بحلي الا اذا كان مرصعا حتى لا يحنث في يمينه لا يلبس حليا بلبس غير المرصع منه وعندهما يحنث لان اللؤلؤ الخالص يدخل تحت اسم الحلي قال الله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانما يستخرج من البحر اللؤلؤ الخالص وقال تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤ ولابي حنيفة رحمه الله ان العادة لم تجر بالتحلي به الا مرصعا بذهب أو فضة والعادة هي المعتبرة في الايمان ثم قيل على قياس قوله لا بأس للرجال بلبس اللؤلؤ الخالص وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فكل أفتى بما عاين في زمانه وقال في الكافي قولهما أقرب الى عرف ديارنا فيفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد وعلى هذا الخلاف اذا لبس عقد زبرجد أو زمرد غير مرصع قال رحمه الله (لا خاتم فضة) أي لا يكون لبس خاتم فضة لبس حلي حتى لو حلف لا يلبس حليا لا يحنث بلبسه لانه ليس بحلي كامل لان الحلي تستعمل للتزين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا حل للرجل ولو كان حليا من كل وجه لما حل واذا لم يكن حليا كاملا لا يدخل تحت مطلق الاسم عرفا ولا شرعا وذكر في النهاية معزيا الى الفوائد الظهيرية أن خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء بأن كان ذا فص يحنث وهو الصحيح قال رحمه الله (لا يجلس على الارض) أي حلف لا يجلس على الارض (فجلس على بساط أو حصير أو لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراش آخر فنام عليه أو لا يجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر لا يحنث) لان الجالس على البساط أو الحصير لا يعد جالسا على الارض عادة فانقطعت النسبة الى الارض فلا يحنث بخلاف ما اذا حال بينه

كان نذر هدي شاة أو بدنة فانما يخرج عن العهدة بذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه أو بقيمته وقال الاتقاني ثم الهدي اسم لما يهدى الى مكة أي ينتقل اليها للتصدق ثم اذا نذر أن يهدي ثوبا جاز له أن يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم ولو نذر أن يهدي نعما لا يجوز الا أن يهدي بمكة ويتصدق به ولو تصدق به حيا لا يجوز ولا يكون هديا حتى يذبح ثم اذا سرق لا شيء عليه كذا ذكره صاحب الاجناس وذلك لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق واذا نذر بما لا ينقل كالعقار يكون نذرا بالقيمة لتعذر نقل العين اه (قوله لان النذر لا يصح الا في الملك) أي فيما هو في الملك اه (قوله أو الى سببه) أي مثل ان اشتريت كذا فهو هدي أو فعل ان تصدق به اه فتح (قوله ولابي حنيفة ان الغزل سبب الملك) قال الكمال وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج لان المعتاد أن يشتري القطن في البيت وهي تغزله فيكون المغزول ملكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق تعليق بسبب ملكه للزوج كأنه قال ان لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطنه هو هدي ولا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه اه (قوله ولهذا لو غزلته من قطن كان في ملكه الخ) قال الكمال رحمه الله والواجب في ديارنا أن يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة اه قلت جواب أبي حنيفة مستقيم في حق بعض أهل الريف اه (قوله يحنث) وانما يحنث به لانه أضافه الى سبب الملك وهو غزل المرأة لا الى ملكيته لان القطن لم يصر مذكورا حتى يضاف اليه اه كافي (قوله حلي) الحلي بفتح الحاء وسكون اللام مفرد وجمعه حلي بضم الحاء وتشديد الياء على فعول كذا بخط الشارح (قوله مرصعا) الترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر اه (قوله وعندهما يحنث) وبقولهما قالت الائمة الثلاثة اه فتح قال الاتقاني قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وقيل على قياس قوله لا بأس بان يلبس الغلمان اللؤلؤ وكذلك الرجال وقاس أبو حنيفة اللؤلؤ بالذهب والفضة لانه لا يكون حليا الا بصيغة تصاغ فكذا اللؤلؤ لا يكون حليا الا بالترصيع قال الصدر الشهيد فعلى هذا اذا علقت المرأة في عنقها شيأ من الذهب غير مصوغ لا يحنث اه (قوله والعادة هي المعتبرة في الايمان) أي لا استعمال القرآن اه (قوله ولو كان حليا من كل وجه لما حل) أي لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولو لبس خلخالا أو دملوجا أو سوارا يحنث سواء كان من ذهب أو فضة اه كافي (قوله يحنث وهو الصحيح) قال الكمال وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة وان كان من ذهب اه

(قوله يقال نائم على فراشين) أى ولا يقال جلس على سريرين ان كان أحدهما فوق الآخر اه اتقانى (قوله فسلم على جمع هو فيهم) أى بقوله سلام عليكم اه كافى (قوله وقوله لا يجلس على سرير ليس على ظاهره) قال صاحب الهداية ومن حلف لا ينام على فراش قال الكمال أى فراش معين فانه قال فى غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث اه قال الاتقانى فلو كان المراد منه منكرا لحنث لانه نام على فراش اه (قوله وعلى هذا لو حلف لا ينام على هذا السطح أو الدكان الخ) ولو بنى دكانا فوق الدكان أو سطحا فوق السطح انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والاصطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر (١٥٦) فصلى عليه لا يكره قاله الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع وفى كافى الحاكم حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها بنعل أو خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على أحجار حنث لانها من الارض اه كمال

وبين الارض ثوبه وهو لابسه حيث يحنث لانه تبع له فلا يعتبر حائلا الا اذا نزعه وفرشه على الارض وجلس عليه فانه حينئذ يكون كالفراش وكذا النوم على فراش فوق فراش أو الجلوس على سرير فوق سرير لا يعد جالسا ولا نائما على الفراش الاسفل أو على السرير الاسفل وذكر فى الكافى معزيا الى المختلف ان عند أبى يوسف رحمه الله يحنث فى الفراش فوق الفراش لانه نائم عليهما عرفا يقال نائم على فراشين فصار كمن حلف لا يكلم فلانا فسلم على جمع هو فيهم وقوله لا يجلس على سرير ليس على ظاهره لانه لو كان السرير المحلوف عليه نكرة كما ذكره يحنث بالجلوس على السرير الاعلى لان اللفظ المنكر يتناولهما وانما لا يحنث اذا كان السرير المحلوف عليه معينا بان حلف لا يجلس على هذا السرير فجعل فوقه سريرا آخر فجلس عليه لانه غيره قال رحمه الله (ولو جعل على الفراش قرام أو على السرير بساط أو حصير حنث) لانه يعد جالسا ونائما على الفراش والسرير عادة وعلى هذا لو حلف لا ينام على هذا السطح أو الدكان أو لا يجلس فبسط عليه فراشا أو حصيرا فنام عليه أو جلس حنث لانه يعد نائما وجالسا عليهما والنوم والجلوس عليهما هكذا يكون عادة ألا ترى أنه لو حلف لا يركب هذا الفرس فوضع عليه سرج فركبه حنث بخلاف الفراش على الفراش أو السرير على السرير لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تبعا له وبخلاف ما اذا حلف لا يجلس على الارض حيث لا يحنث بالجلوس على الفراش والفارق العرف والله أعلم

باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك

والاصل فيه أن ما شارك الميت فيه الحى يقع اليمين فيه على حالة الحياة والموت وما اختص بحالة الحياة تقيد بها قال رحمه الله (ان ضربتك أو كسوتك أو كلمتك أو دخلت عليك فعبدى حر تقيد بالحياة) أى لو قال ان ضربتك أو كسوتك أو دخلت عليك فعبدى حر تقيد بحياة المخاطب حتى لو فعل هذه الاشياء بعد موت المخاطب لم يحنث لان هذه الاشياء لا تتحقق فى الميت وهذا لان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن وبعد الموت لا يتصور ذلك ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة فى الصحيح وان اختلفوا فى كيفية تلك الحياة ولا يرد علينا أن أيوب عليه الصلاة والسلام أمر أن يضرب امرأته بالضغث وهو غير مؤلم لانه حزمة صغيرة من حشيش أو ريحان لانه جاز أن يكون مختصا به اكراما له أو تخفيفا عليها أو قيل الضغث قبضة من أغصان الشجر فعلى هذا لا اشكال فيه والكسوة يراد بها التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو لا يتحقق فى الميت ولهذا لو تبرع بكفنه أحد ثم أخرجه السيل أو السباع يكون للمتبرع لا للورثة لما قلنا بخلاف اللبس لانه عبارة عن الستر وهو يتحقق فى الميت حتى لو حلف لا يلبسه فألبسه بعد الموت يحنث لما قلنا الا أن ينوى بالكسوة الستر فانه حينئذ يحنث والكلام يراد به الافهام وهو لا يتحقق فى الميت ولا

باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك

(قوله وهذا لان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن) أى أو استعمال آلة التأديب فى محل قابل للتأديب والايلام والادب لا يتحقق فى الميت لانه لا يحس ولما كان الحق أن الميت المعذب فى قبره توضع فيه الحياة بقدر ما يحس بالالم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هى مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة فى تلك الاجزاء التى لا يأخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه ان كان بناء على انكار عذاب القبر والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس اه (قوله فى الصحيح) احترازا عن قول الكرامية والصالحية اه اتقانى (قوله وان اختلفوا فى كيفية تلك الحياة) فقيل توضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة وقيل توضع فيه الحياة من كل وجه اه (قوله بالضغث) والضغث فى اللغة ما جمعته بكفك من نبات الارض فانتزعته قال الشاعر * وجعت ضغثا من خلا متطيب * كذا قال صاحب الجمهرة اه اتقانى (قوله والكسوة يراد بها التمليك) أى فى لغة العرب اه اتقانى (قوله عند الاطلاق) أى يقال كسا الامير فلانا أى ملكه اه كافى (قوله ومنه الكسوة فى الكفارة) أى ولو أنه كسا عشرة أموات عن كفارة يمينه لم تجز لعدم التمليك يؤيده ان الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة قال الفقيه أبو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغى أن يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس ولا يراد به التمليك اه اتقانى (قوله حتى لو حلف لا يلبسه) أى لو حلف لا يلبس فلانا ثوبا فألبسه بعد موته يحنث اه (قوله لما قلنا) يعنى بخلاف الكسوة اه (قوله وهو لا يتحقق فى الميت) أى فلو كلمه بعد موته لا يحنث اه

يقال انه عليه الصلاة والسلام قال لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ماوعد ربكم حقا فلولا أنه فيه متحقق لما قال لهم ذلك لانا نقول ردت عائشة رضى الله عنها هذا الحديث وقالت قال الله تعالى انك لاتسمع الموتى وقال تعالى وما أنت بمسمع من فى القبور فلم يثبت ولئن ثبت فهو مختص بالنبى صلى الله عليه وسلم ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء ونظيره ماروى عن على رضى الله عنه كان اذا أتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت وأموالكم فقد قسمت ودياركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك جوابا أجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات والغرض من الدخول اكرامه بتعظيمه أو اهانته بتحقيره أو زيارته ولهذا لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره او لحاجة أخرى أو دخل عليه فى موضع لايجلس فيه للزيارة كالمسجد والظلة والدهليز لايكون دخولا عليه الا اذا اعتاد الجلوس فيه للزيارة ولا يتحقق الكل بعد الموت لانه لايزار هو وانما يزار قبره قال عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها قال رحمه الله (بخلاف الغسل والحمل والمس) أى بخلاف ما اذا حلف لايغسل فلانا أو لايحمله أو لايمسه حيث يحنث اذا فعل به ذلك بعد موته لان هذه الاشياء تتحقق فى الميت كما تتحقق فى الحى وهذا لان الغسل هو الاسالة والمقصود منه التطهير والميت يطهر بالغسل ألا ترى أنه اذا حمله رجل وصلى لايجوز قبل الغسل وبعده يجوز وكذا لو صلى عليه قبل الغسل لايجوز فلا ينافيه الموت وكيف ينافيه وغسله واجب على الاحياء والحمل يتحقق بعد الموت قال عليه الصلاة والسلام من حمل ميتا فليتوضأ والمس للتعظيم أو الشفقة فيتحقق بعد الموت قال رحمه الله (لايضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) أى لو حلف لايضربها ففعل بها هذه الاشياء يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم وقد تحقق وقيل هذا اذا كانت هذه الاشياء فى حالة الغضب وان كانت فى الملاعبة لايحنث لانه يسمى ممازحة لاضربا عادة وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية لايحنث بهذه الاشياء قال رحمه الله (ان لم أقتل فلانا فكذا وهو ميت ان علم به حنث) أى اذا قال شخص ان لم أقتل فلانا فامرأتى طالق وفلان ميت فان كان الحالف عالما بموته حين حلف حنث للحال لان يمينه تنعقد لتصور البر فيه لان الله تعالى قادر على اعادة الحياة فيه اذ الروح لاتموت فيمكن قتله ثم يحنث للحال للعجز عادة كمسئلة صعود السماء قال رحمه الله (والا لا) أى ان لم يعلم بموته

(قوله لانا نقول) أى هو غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضى الله عنها قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انك لاتسمع الموتى وما أنت بمسمع من فى القبور اه كافى (قوله ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء) أى لا لافهام الموتى اه (قوله فما خبرنا عندكم) أى وبانه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقى أنه روى أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر فى كتاب الجنائز من هذا الشرح اه فتح (قوله أو زيارته) ألا ترى أنه لايقال دخل على دابة أو دخل على حائط فلما لم يكن الدخول على شئ دخولا عليه اذا لم يكن من أهل اليمين لم يحنث فى يمينه لايدخل على فلان اذا دخل عليه بعد الموت وهذا لان زيارة عين الميت لاتكون لان المزور قبره لاعينه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها قال فى شرح الطحاوى الاصل فى هذا أن كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه اه اتقانى قال الكمال ومثله التقبيل اذا حلف لايقبلها فقبلها بعد الموت لايحنث وتقبيله عليه الصلاة والسلام عثمان بن مظعون بعد ما أدرج فى الكفن محمول على ضرب من الشفقة والتعظيم وقيل ان عقد يمينه على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لايحنث وهو على الوجه اه قوله كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها أى ولم يقل عن زيارة الموتى اه فتح (قوله والمقصود منه التطهير) قال الكمال أو ازالة الوسخ والكل يتحقق فى حالة الموت كالحياة اه (قوله فى المتن لايضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) قال الكمال وكذا لو وجأها أو قرصها وعن بعض المشايخ ينبغى أن لايحنث بذلك لانه لايتعارف ضربا وأجيب بما علل به فى الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفى المنتقى حلف لايضرب فلانا فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر فأدماه أو نشابة فأصابته لايحنث واستشكل عين الضرب بانها اما ان تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التأديب فى محل قابل له فيجب أن لايحنث بالخنق ومد الشعر والعض لانه لايتعارف ضربا أو بمعناه وهو الايلام فيجب أن يحنث بالرمى بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لايحنث وهو اشكال وارد وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا وعرفا فامثاله حلف لايبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لايحنث لانه ان وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده أن لايبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر ولو باعه بأكثر لايحنث لانه وان وجد شرط الحنث لفظا لانه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعنى الحنث اذا كان فى الغضب أما اذا فعل فى الممازحة فلا يحنث ولو أدماها لكن لا على قصد الادماء بل وقع خطأ فى الممازحة باليد وعن الفقيه أبى الليث أنه قال هذا اذا كانت بالعربية أما اذا كانت بالفارسية لايحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق أن هذا هو الذى يقتضيه النظم فى العربية أيضا الا أنه خلاف المذهب اه (قوله لان يمينه تنعقد) أى على حياة يحدثها الله وهو ممكن بالنظر الى قدرة الله تعالى لكنه يحنث فى الحال وتجب عليه الكفارة لعجزه عادة عن قتله اه اتقانى (قوله اذ الروح لاتموت)

لكنه زال عن قلب فلان اهـ كافى (قوله فيصير نظير مسئلة الكوز اذا لم يكن فيه ماء) أى فعنده تنعقد و يحنث وعليه الكفارة وعند أبى حنيفة ومحمد لا كفارة لانه لاحنث اذ لا انعقاد اهـ فتح (قوله فى المتن ليقضين دينه اليوم) قال الكمال رحمه الله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب أو عاجلا فهو مادون الشهر فان أخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد أو آجلا فهو على الاكثر من شهر وعلى الشهر أيضا ولكنه قصد الطباق بين قوله مادون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه فلا حنث عليه على مقتضى ماذكروا وقال الشافعى وأحمد ليس فى عين القريب والبعيد تقدير لانهما اضافى فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها و بعيدة بالنسبة الى مادونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار و بعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل أن يقضيه وقلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فيه فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فأما ان نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب أو عاجلا سنة أو أكثر صحت نيته وكذا اذا قال الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة اهـ (قوله بر فى يمينه) قال الاتقانى سواء حلف على القبض أو على الدفع اهـ (قوله غير أن فيها) الذى فى خط الشارح أن فيه اهـ (قوله ولهذا لو تجوز بها) أى تسامح اهـ (قوله فتعين النقض ضرورة الخ) قال الاتقانى وكذلك قبض الدراهم المستحقة صحيح ولهذا لو أجاز المالك جاز ولو ضمن له الدفع جاز فبعد ذلك اذا أراد الزيف أو النبهرجة أو استرد المستحق انتقض القبض فى حق كل حكم يقبل الانتقاض والبر لا يقبل وقد الانتقاض ألا ترى أن مولى المكاتب اذا رد بدل الكتابة بسبب أنه زيف أو نبهرجة أو استرد البدل بالاستحقاق لا ينتقض العتق فكذا هنا بخلاف ما اذا كانت الدراهم المقضية رصاصا أو ستوقة حيث يحنث اذا خرج اليوم ولم يستبدل الجياد فى اليوم لان القضاء لم يقع بها لانها ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز أخذها فى ثمن الصرف ولهذا لو وجد مولى المكاتب بدل الكتابة رصاصا أو ستوقة لا يعتق المكاتب اهـ (قوله فى المتن أو ستوقة) قال الاتقانى والستوقة فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات لانها صفر مموه من الجانبين بالفضة قال الكمال والستوقة المغشوشة غشا زائدا وهى تعريب سى توقة أى ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه اهـ (قوله والنبهرجة) قال الكمال وغشها أكثر من الزيوف يرد من التجار المستقصى و يقبله السهل منهم اهـ (قوله فى المتن والبيع به قضاء) أى باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التى لرب الدين على الحالف عبدا وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة

وقت الحلف لا يحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه وذلك لا يتصور فيصير نظير مسئلة الكوز اذا لم يكن فيه ماء وهذا قولهما وعند أبى يوسف يحنث لان التصور ليس بشرط عنده لانعقاد اليمين كما بينا فى مسئلة الكوز الا أنه لا فرق فيها بين العلم وعدمه على الصحيح خلافا لما يقوله مشايخ العراق لانه عقد يمينه على شرب ماء مفقود فى الكوز والله تعالى وان أحدث فيه ماء فليس هو ذلك الماء الذى كان فيه وقت الحلف بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل فى فلان فاذا أحياه الله تعالى فهو فلان فكان ما عقد عليه متوهما ونظير مسئلة الكوز أن يقول والله لاقتلن هذا الميت فان يمينه لا ينعقد لما أنه عقدها على تفويت حياة ليست بموجودة زمان الحلف فلو أحدث الله فيه حياة لا تكون هى حياة حلف على تفويتها لان هذه موجودة وتلك معدومة قال رحمه الله (ومادون الشهر قريب وهو وما فوقه بعيد) لان مادون الشهر يعد قريبا عادة والشهر وما فوقه يعد بعيدا عادة حتى لو حلف ليقضين دينه الى قريب فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو الشهر فما فوقه قال رحمه الله (ليقضين دينه اليوم فقضاه زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة بر) أى لو حلف ليقضين دين فلان اليوم فقضاه فوجدها زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة بر فى يمينه لان الزيوف دراهم حقيقة غير أن فيها عيبا والعيب لا يعدم الجنسية ولهذا لو تجوز بها صار مستوفيا وكذا لو تجوز به فى رأس مال السلم و بدل الصرف يجوز ولولا أنه حقه لما جاز لانه يصير استبدالا به وهو لا يجوز فيهما فاذا كان المقبوض من حقه بر فى يمينه ولا ينتقض البر المتحقق بانتقاض قضاء الدين لان شرط البر لا يحتمل الانتقاض وقبض المستحق صحيح حتى لو أجازه المستحق فى الصرف والسلم بعد الافتراق جاز فقد وجد فيه شرط البر فيبر فان قيل ما الفرق بين القضاء والبر حيث قلتم ينتقض قضاء الدين بالرد أو بالاستحقاق ولا ينتقض البر قلنا لو لم ينتقض القبض لتضرر صاحب الدين ببطلان حقه لانه لا يمكنه استيفاء الجودة وحدها ولا استيفاء الجيد مع بقاء الاستيفاء الاول فتعين النقض ضرورة ليتمكن من أخذ حقه ولا حاجة الى نقضه فى حق البر قال رحمه الله (ولو رصاصا أو ستوقة لا) أى لو وجده رصاصا أو ستوقة لا يبر فى يمينه لانهما ليسا من جنس الدراهم ولهذا لو تجوز بهما لم يجز الا برضا الآخر بطريق الاستبدال ولو تجوز بهما فى الصرف والسلم لا يجوز لحرمة الاستبدال وهذا لان الستوقة هى التى غلب عليها النحاس فصار حكمها حكم النحاس والزيوف هو الردى من الدراهم يرده بيت المال والنبهرجة أردأ منه يرده التجار أيضا وان كان أكثره فضة والاقل ستوقة لا يحنث وبالعكس يحنث لان العبرة بالغالب قال رحمه الله (والبيع به قضاء) أى البيع بالدين قضاء للدين حتى يبر فى يمينه ليقضين دينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة

وقد تحققت بمجرد البيع وهذا لان الديون تقضى بأمثالها اذ نفس الدين لا يمكن قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين فكان غيره مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة بقبضهما فكان آخرهما قضاء للاول حتى يحنث الآخر في يمينه لا يقضي دينه دون الاول وهذا المعنى قد تحقق بمجرد البيع هنا فتقع المقاصة به فيبر في يمينه واشتراط قبض المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا لانه شرط للبر ولا يقال شرط القبض ليتقرر الثمن لانه بعرضية السقوط بهلاك المبيع قبل القبض لانا نقول البر المتحقق لا يرتفع ببطلان الثمن وانتقاض المقاصة وعود الدين على ما كان لما بينا فيما تقدم ولو كان البيع فاسدا يشترط قبض المبيع لوقوع المقاصة لانه في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فاذا قبضه وكان قيمته مثل الدين وقعت المقاصة وبر في يمينه وكذا لو تزوج الطالب أمة المطلوب على ذلك المال فدخل عليها أو وجب عليه للمطلوب دين بالجناية أو بالاستهلاك لا يحنث ولو كان الحالف هو الطالب فالحكم كذلك في جميع ما ذكرنا قال رحمه الله (لا الهبة) أي هبة الدين ممن عليه الدين لا تكون قضاء للدين لان القضاء فعل المطلوب والهبة اسقاط الدين من الطالب فلا تحقق المقاصة فتبطل اليمين اذا كانت موقتة فأبرأه قبل الوقت لان القضاء لا يتصور بعد الابراء فصار نظير من حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم وفيه ماء فأريق قبل الليل على ما بينا من قبل بشعبها وفيه خلاف أبي يوسف بناء على أن تصور البر وقت وجوبه شرط عندهما لانعقاد اليمين وعنده ليس بشرط ويخرج على هذا الاصل مسائل منها اذا حلف ليقضين دينه غدا فقضاه اليوم أو حلف ليقتلن فلانا غدا فمات اليوم أو حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله اليوم ومنها ما اذا قال ان رأيت فلانا ولم أعلمك به فعبده حر فرآه معه فلم يقل شيأ لم يعتق العبد عندهما ولم يحنث في الكل وعند أبي يوسف يعتق ويحنث في الجميع ومن جملة فروعها ما اذا قال رجل لامرأته ان لم تهبي اليوم صداقك فأنت طالق وقال أبوها ان وهبت له صداقك فأمك طالق فالحيلة في هذا حتى لا يحنثا أن تصالح أباها بثوب فاذا مضى اليوم لم يحنث واحد منهما أما الاب فلانها ما وهبت الصداق للزوج وأما الزوج فلانها عجزت عن الهبة في آخر النهار لان الصداق سقط عن الزوج بالصلح ذكره في النهاية في آخر باب اليمين في الاكل والشرب قال رحمه الله (لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لا يحنث حتى يقبض كله متفرقا) لان شرط حنثه قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه فيتناول كله فما دام عند المديون شيء من دينه باقيا لم يحنث لعدم قبض الكل وهو الشرط ولو كانت مقيدة باليوم بان قال لا يقبض دينه درهما دون درهم اليوم فقبض البعض في اليوم متفرقا أو لم يقبض منه شيأ لم يحنث لان شرط الحنث أخذ الكل في اليوم متفرقا ولم يوجد ولو قال ان قبضت من ديني درهما دون درهم حنث وكذا اذا قال ان أخذت منه درهما دون درهم والفرق بينه وبين الاول أن شرط الحنث هنا قبض البعض من الدين متفرقا وفي الاول قبض الكل بصفة التفرق ولو قبض الكل جملة ثم

في الرجل يقول ان لم أقض دراهمك التي لك علي فعبدي حر فيبيعه بها عبدا ثم يقبضه قال قد قضاه وقد بر وان وهبها له لم يبر وذلك لان قضاء الدين بالمقاصة وقد حصلت المقاصة فيحصل القضاء فيبر في يمينه بيانه أن حق رب الدين في الدين لا في العين والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لانه وصف ثابت في الذمة ولكن ما يقبضه رب الدين من العين يصير مضمونا عليه لانه قبضه على وجه التملك لنفسه فكان دينا عليه للمديون ولرب الدين على المديون مثله فالتقى الدينان قصاصا وهذا معنى قول أصحابنا الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها اه اتقاني (قوله فكان آخرهما قضاء للاول) وكذا ذكر في كتاب الصلح عند قوله ولو اشترى بنصيبه شيأ وانظر ما سيأتي آخر هذا الباب قبيل كتاب الحدود اه (قوله وهذا المعنى قد تحقق بمجرد البيع) أي قبض الدائن العبد أو لم يقبض اه اتقاني (١٥٩) (قوله واشتراط قبض المبيع في الجامع الصغير) أي ليتأكد البيع بالقبض لان المبيع اذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع لكن لا يرتفع البر لانه لا يقبل الانتقاض اه اتقاني (قوله وبر في يمينه) أي والاحنث لانه مضمون بالقيمة اه اتقاني (قوله أن تصالح) بالتاء الفوقية في خط الشارح رحمه الله اه وصواب العبارة على هذا أن يقول الشارح تصالح زوجها فان الضمير في تصالح عائد للزوجة فتأمل (قوله أباها) هكذا هو بخط الشارح وهكذا هو في النهاية وقد عزا المسئلة فيها للامام التمرتاشي وهذه عبارته وفي موضع قال لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فأنت طالق وقال أبوها ان وهبت له فأمك طالق الحيلة في ان لا يحنثا تصالح أباها عن مهرها بثوب ملفوف فاذا مضى اليوم لا يحنث الاب لانها لم تهب ولم يحنث الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالصلح وهي فرع مسئلة الكوز اه (قوله لانه أضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه) أي بان قال والله لا أقبض ديني درهما دون درهم والدين اسم للكل فكانه قال والله لا أقبض كل ديني بصفة التفرق فلا يحنث بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض البعض الآخر والحاصل أنه لا يحنث الا بتمام القبض متفرقا غير أنه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعذر الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع المتفرقات فكان الوزنات كوزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه يختلف مجلس القبض على ما عرف قال الاتقاني رحمه الله قال في الجامع الكبير اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه أخذ كل المائة على التفرق فكانه قال ان أخذت

كل المائة متفرقة فلو قال هكذا لا يحنث ما لم يوجد قبض الكل بصفة التفريق فأما اذا أخذ الكل مجتمعا أو قبض البعض متفرقا لم يحنث لانعدام شرط الحنث اه (قوله متفرقا) أي لان كلمة من للتبعيض وقد وجد شرط الحنث فيحنث اتقاني (قوله ولو قبض الكل جملة) أي وقد كان حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم وهي مسئلة المتن (قوله لا يحنث اذا قبضه متفرقا بتفريق ضروري) قال الاتقاني هذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس أن يحنث كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وذلك لان شرط الحنث قبض الكل متفرقا وقد حصل ذلك لانه لما وزن خمسين فدفعها اليه ثم وزن خمسين أخرى فدفعها اليه حصل قبض الكل بصفة التفريق لا محالة ولكنه لا يحنث في الاستحسان لان الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة والمعنى الجامع الموجب للاتحاد وهو المجلس موجود اه (قوله أو نزل عنها للحال) وأوضح محمد رحمه الله المسئلة بالعدديات فقال ألا ترى أن الدين لو كان شيأ عدديا فجعل يعد عشرة عشرة أو مائة مائة ويدفعها اليه لا يحنث ويعتبر قابضا جملة والمعنى كون الامتناع عنه غير ممكن اه اتقاني (قوله لان غرضه) أي بمنعه عرفا اه كمال (١٦٠) (قوله لا يحنث بمال ليس للتجارة) قال الكمال وفي خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تأتي ان شاء الله تعالى (قوله في المتن لا يفعل كذا تركه أبدا) قال الاتقاني ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه أبدا أي فيما اذا كانت اليمين مطلقة أما اذا كانت مؤقتة بزمان كاليوم والشهر تتوقت يمينه بذلك الزمان فبعد ذلك تنحل ولا يلزمه ترك الفعل بعد ذلك الزمان اه (قوله بل في البعض المتنفي) قال الاتقاني ولان النكرة اذا وقعت في موضع النفي تعم ضرورة وهنا قد وقعت فتعم لان كل فعل يدل على مصدر نكرة أما دلالته على المصدر فظاهر لدلالته على الحدث وأما دلالته على النكرة فلكونها هي الاصل وانما المعرفة بعارض اه (قوله ويأتي فيه خلاف أبي يوسف في فوت المحل) قال الاتقاني لان رحمه الله وأما التوقيت في الاثبات كقوله والله لآكلن هذا الرغيف اليوم فانه لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين واليوم باق أما اذا مضى اليوم يحنث وان كانا قائمين لفوات البر لفوات الوقت المعين وأما اذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق وان هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم أجمعوا أنه لا يحنث في الحال فاذا مضى اليوم اختلفوا قال أبو حنيفة ومحمد لا يحنث في يمينه وقال أبو يوسف يحنث وتجب الكفارة لان تصور البر ليس بشرط عنده خلافا لهما اه وقال الكمال فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف فلو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد (قوله في المتن داعر) بالدال والعين المهملتين الخبيث المفسد من الناس وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد يقال دعر العود يدعر دعرا بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع اذا فسد كذا في الجمهرة اه اتقاني (قوله تقيد بقيام ولايته) والاصل أن المطلق لا يتقيد الا بدليل وهنا تقيد بحال الولاية بدليل غرض الوالي اه اتقاني

وجد بعضها ستوقة فرد لم يحنث بالرد ما لم يستبدل لان الستوقة غير معتد بها فلم يوجد قبض الكل حتى يقبض البدل فاذا قبضه وجد قبض الكل متفرقا بخلاف ما اذا وجد بعضها زيوفا حيث لا يحنث مطلقا لانه بزعمه حين وجد قبض الكل وبالرد لم ينتقض القبض في حقه على ما مر قال رحمه الله (الا بتفريق ضروري) أي لا يحنث اذا قبضه متفرقا بتفريق ضروري وهو أن يقبضه في وزنتين أو أكثر ولم يتشاغل بين الوزنات بعمل غير الوزن لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى منها ولان هذا القدر من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هي المعتبرة وفيه خلاف زفر رحمه الله وهو نظير الاختلاف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب أو لا يركب هذه الدابة فنزعه الحال أو نزل عنها الحال وقد بينا الوجه فيه من قبل قال رحمه الله (ان كان لي الا مائة أو غير أو سوى فكذا لم يحنث بملكها أو بعضها) أي لو قال ان كان لي الا مائة درهم أو غير مائة درهم أو سوى مائة درهم فامرأته طالق لم تطلق امرأته اذا كان ماله مائة درهم أو دونها لان غرضه نفي ما زاد على المائة فكان شرط حنثه ملك الزيادة على المائة ولانه لما استثنى المائة صار المستثنى بجميع أجزائه خارجا عن اليمين وقال في الجامع عبده حر ان كنت أملك الا خمسين درهما فلم يملك الا عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على خمسين ان كان من جنس مال الزكاة حنث والا فلا ألا ترى أنه لو حلف أنه ليس له مال لا يحنث بملك ما ليس للتجارة ولو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكاة قال رحمه الله (لا يفعل كذا تركه أبدا) لانه نفى الفعل مطلقا فيتناول فردا شائعا في جنسه فيعم الجنس كله ضرورة شيوعه والا لما كان شائعا في الجنس بل في البعض المتنفي قال رحمه الله (ليفعلنه بمرة) أي لو حلف ليفعلن كذا بر في يمينه بفعله مرة لانه يتناول فعلا واحدا وهو نكرة في موضع الاثبات فيخص ويحنث اذا لم يفعله في عمره في آخر جزء من أجزاء حياته أو بفوت محل الفعل هذا اذا كانت مطلقة غير مؤقتة وان كانت مؤقتة بوقت ولم يفعل فيه يحنث بمضي الوقت ان كان الامكان باقيا في آخر الوقت ولا يحنث ان لم يبق بان وقع الاياس بموته أو بفوت المحل لانه في المؤقتة لا يجب عليه الفعل الا في آخر الوقت فاذا مات الفاعل أو فات المحل استحال البر في آخر الوقت فتبطل اليمين على ما ذكرنا في مسئلة الكوز ويأتي فيه خلاف أبي يوسف في فوت المحل قال رحمه الله (ولو حلفه وال ليعلمنه بكل داعر دخل البلد تقيد بقيام ولايته)

(قوله لان المقصود منه دفع شره) أى دفع شر الداعر الذى رفع خبره الى الوالى اه (قوله وشر غيره) أى لانه اذا انزجر وأدب ينزجر غيره اه كمال قال الله تعالى ولكم فى القصاص حياة اه (قوله وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية) أى واذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية اه اتقانى (قوله لاحتمال أن يولى بعده فيؤذيه) أى لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد اه كمال (قوله فيحنث بمضى الوقت مع الامكان) قال الكمال رحمه الله ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعى يوجب التقييد بالفور فور علمه به اه (قوله تقيد بحال قيام الزوجية) أى واذا زال الدين والزوجية سقطا ثم لا تعود اليمين بعودهما اه فتح (قوله ولم يقيده بالاذن) أى فلا موجب لتقييده بزمان الولاية فى الاذن وكذا الحال فى حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج من غير اذنها طلقت لانه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن لا يشم ريحانا)

قال الكمال رحمه الله ويشم بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى هذه هى اللغة المشهورة الفصيحة وأما شممته أشمه بفتح الميم فى الماضى وضمها فى المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم عين الشم تنعقد على الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه اه (قوله لا يحنث بشم ورد وياسمين) قال الحاكم الشهيد فى الكافى وان حلف لا يشم ريحانا فشم آسا أو ما أشبهه من الرياحين حنث وان شم الياسمين أو الورد لم يحنث وهذا لان الريحان عند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه كالآس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا ذكر

صاحب المغرب قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير روى هشام عن محمد أنه قال كل ما كان أخضر فهو ريحان مثل الآس والشاسفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك فليس بريحان وعلل فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير بقوله لان الريحان اسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة وهو موضوع ذلك لغة وقلده الصدر الشهيد وصاحب الهداية قالا والياسمين والورد لهما ساق ولنا فيه نظر لانه لم يثبت فى قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلا ولئن صح ما قالوا كان ينبغى أن لا يحنث بالآس لان له ساقا وليس من البقول أيضا وقد نص الحاكم على أنه يحنث وقال الجوهرى الريحان نبت معروف وأما قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان فالعصف ساق الزرع والريحان ورقه كذا فى الصحاح وقال بعض أهل اللغة كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان اه اتقانى وكتب على قوله وياسمين ما نصه سينه مكسورة اه تحرير

لان المقصود منه دفع شره وشر غيره بالضرب والحبس أو القتل فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته لعدم قدرته على ذلك والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجب عليه الرفع اليه بعد العزل لانه يفيد لاحتمال أن يولى بعده فيؤذيه أو يسعى فى أذيته عند أولى الامر وقوله ليعلمنه بكل داعر ليس على ظاهره لانه لا يمكنه أن يعلمه بكل داعر فى الدنيا وانما مراده كل داعر يعرفه أو فى بلده أو دخل البلد ثم ان الحالف لو علم الداعر ولم يعلمه لم يحنث الا اذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث فى اليمين المطلقة بمجرد الترك بل باليأس عن الفعل وذلك بما ذكرنا الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضى الوقت مع الامكان والا فلا لما بينا من المعنى وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل بامر المكفول عنه أن لا يخرج من البلد الا باذنه تقيد بالخروج حال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وولاية المنع حال قيامه وعلى هذا لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بحال قيام الزوجية بخلاف ما اذا قال ان خرجت امرأته من هذه الدار فعبده حر ولم يقيده بالاذن أو حلف لا يقبلها فخرجت بعدما أبانها أو قبلها بعدما أبانها حيث يحنث لانه لم يوجد فيه دلالة التقييد بحال قيام الزوجية قال رحمه الله (يبر بالهبة بلا قبول بخلاف البيع) أى لو حلف أن يهب عبده مثلا يبر بقوله لرجل وهبته لك وان لم يقبل الموهوب له بخلاف البيع فانه لو حلف أن يبيع فباع ولم يقبل المشترى لا يعتد به ولا يبر فى يمينه لان الهبة تمليك بلا عوض فيتم بالواهب والقبول شرط ثبوت الحكم وهو الملك وشرط الحنث الهبة لا حكمها ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان غرضه حمل نفسه على اظهار السماحة والجود وهى تمليك من جانب واحد وكل ذلك يحصل بنفس الهبة بخلاف البيع لانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما وقال زفر لا يحنث ما لم يقبل وفى رواية عنه ما لم يقبل ويقبض لان الهبة تمليك والتمليك لا يتم بلا تملك وهو القبول ولان المطلق ينصرف الى الكامل وكمالها بالقبول أو بالقبول والقبض وجوابه ما قلنا واختلفوا فى ثبوت الملك بها فقال بعضهم يثبت قبل القبول الا أنه يرتد بالرد دفعا لضرر المنة وقال بعضهم لا يثبت لانه لو ثبت لما أمكنه دفعه فى بعض الصور بان كان الموهوب عبدا ذا رحم محرم من الموهوب له لانه يعتق عليه كما ملكه ولانه لا ولاية له على غيره حتى يدخل فى ملكه ونظير الهبة الصدقة والعارية والوصية والاقرار وفى القرض روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله ونظير البيع الاجارة والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع ويحنث بالفاسد من البيع والهبة قال رحمه الله (لا يشم ريحانا لا يحنث بشم ورد وياسمين) أى لو حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا

لايحنث لان الريحان اسم لنبات لاساق له وله رائحة مستلذة عرفا ولهما ساق وليس لهما رائحة مستلذة وانما الرائحة الطيبة لزهرهما الا لهما فأشبها التفاح والسفرجل ألا ترى الى قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان بعدما ذكر الشجر بقوله والنجم والشجر يسجدان والشجر اسم لما يقوم على ساق من النبات فدل على أنه غيره وقال فى الكافى الريحان اسم لما له رائحة طيبة ولاساق له لغة وعرفا وذكر فى المبسوط أنه يحنث بشم الآس وما أشبهه من الرياحين قال رحمه الله (البنفسج والورد على الورق) أى اسم البنفسج والورد يقع على الورق حتى لو حلف لايشترى بنفسجا أو وردا فاشترى ورقهما يحنث ولو اشترى دهنهما لايحنث لانهما يقعان على الورق دون الدهن فى عرفنا هكذا ذكره فى الكافى وفى المبسوط لو اشترى ورق البنفسج لايحنث ولو اشترى دهنه يحنث لان اسم البنفسج اذا أطلق يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج أيضا وهو رواية الجامع الصغير وذكر الكرخى فى مختصره أنه لو اشترى الورق يحنث أيضا وهذا شئ ينبنى على العرف وفى عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب فى الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخى عرف أهل بغداد أنهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضا فقال يحنث به وقال وهكذا فى ديارنا أعنى فى المبسوط ولا يقال فى أحدهما حقيقة وفى الآخر مجازا بل فيهما حقيقة أو يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والياسمين قياس الورد لايتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا وكذا الحناء يتناول الورق هذا اذا لم يكن له نية وقال فى الكافى الحناء فى عرفنا تقع على المدقوق قال رحمه الله (حلف لايتزوج فزوجه فضولى وأجاز بالقول حنث) لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كأنه وكله فى الابتداء ولهذا يثبت للفضولى حكم الوكيل وللمجيز حكم الموكل قال رحمه الله (وبالفعل لا) أى لو أجاز بالفعل لايحنث وقيل يحنث لما أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وعن محمد رحمه الله أنه لايحنث بهما لان الاجازة ليست بانشاء العقد حقيقة وانما ينفذ بالرضا بحكم العقد وبه كان يفتى بعض المشايخ والمختار الاول لان المحلوف عليه هو التزوج وهو عبارة عن العقد والعقد يختص بالقول ولا يكون بالفعل وانما ينفذ عليه ببعض الافعال كالوطء وايفاء المهر ونحو ذلك لدلالته على الرضا بالعقد لا لانه عقد ولان القول يجانس العقد فأمكن الحاقه به بخلاف الفعل وبخلاف ما اذا زوجه ثم حلف حيث لايحنث بالاجازة لانها تستند الى وقت العقد وفيه لايحنث بمباشرته فبالاجازة أولى ولو حلف لا يزوج عبده أو أمته يحنث بالتوكيل والاجازة لان ذلك مضاف اليه متوقف على اذنه لملكه وولايته وكذا الحكم فى ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما ولو كانا كبيرين لايحنث الا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما بل هو كالاجنبى عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل وهو مباشرته العقد ولو كان الحالف هو العبد أو الابن فزوجه مولاه وهو كاره أو أبوه وهو مجنون حيث لايحنثان به بخلاف المكره لوجود الفعل منه حقيقة دونهما قال رحمه الله (وداره بالملك والاجارة) أى لو حلف لايدخل دار فلان يحنث بدخول ما يسكنه بالملك والاجارة وقال الشافعى لايحنث الا بالملك لان الحقيقة وهى الملك مرادة فلا يبقى المجاز مرادا لاستحالة اجتماعهما مرادين بلفظ واحد ولنا أن المراد به المسكن عرفا فدخل ما يسكنه بأى سبب كان باجارة أو اعارة أو ملك باعتبار عموم المجاز ومعناه أن يكون محل الحقيقة فردا من أفراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز قال رحمه الله (حلف بانه لامال له وله دين على مفلس أو ملىء لايحنث) لان الدين ليس بمال وانما هو وصف فى الذمة لايتصور قبضه حقيقة ولهذا قيل الديون تقضى بأمثالها على معنى أن المقبوض مضمون على القابض لانه قبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المدين مثله فالتقى الدينان قصاصا فصار غيره حقيقة وشرعا أما الحقيقة فظاهر وأما الشرع فلانه لاحاجة الى اسقاط اعتباره لان التصرف فى الثمن قبل القبض جائز والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله وانما الرائحة الطيبة لزهرهما) قال الكمال والذى يجب أن يعول عليه فى ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم وأما كون الريحان الترنجى منه فيمكن أن لايكون لانهم يلزمونه التقييد فيقولون ريحان ترنجى وعند ما يطلقون اسم ريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع اه (قوله فى المتن البنفسج) بفتح الباء اه معراج قال فى الهداية ومن حلف لايشترى بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه قال الاتقانى وهذه من مسائل الجامع المعادة وذلك لان الايمان محمولة على معانى كلام الناس وفى عرفهم اذا ذكروا البنفسج يراد به دهنه لا ورقه قال الفقيه أبو الليث هذا عند أهل العراق فأما فى بلادنا فلا يقع على الدهن الا أن ينوى اه كمال رحمه الله وأما فى عرفنا فيجب أن لاتنعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلا كما فى الورد والحناء أن اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه فى البنفسج اه (قوله وكذا الحكم فى ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما) لكن اذا عقد النكاح فضولى بحضرة شاهدين وقبل الزوج وأجاز الاب النكاح المذكور بالفعل بأن قبض مهر ابنته وهو ساكت نفذ النكاح ولا حنث على الاب اه (قوله وهو مجنون) أى وكان وقت حلفه عاقلا اه (قوله ولهذا قيل الديون تقضى بأمثالها) انظر ما قدمه الشارح فى الباب الذى قبل هذا عند قوله والبيع بعضا فانه نافع هنا اه ذكر الشارح رحمه الله تعالى فى كتاب الصلح فى قوله ولو اشترى بنصفه شيأ أن آخر الدينين قضاء لاولهما اه

قال الكمال رحمه الله لما اشتملت الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد بين الاخوات المتحدة في الجنس القريب وموجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله الحديث اه (قوله فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير) قال الاتقاني وهذا ما عليه عامة أصحابنا وقال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه والقصاص يسمى أيضا حدا الحدود الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده قال الكمال أي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه اه وقال الكمال فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ما سيأتي وهذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه انبنى عدم الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد (١٦٣) حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال أتشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده فتجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده اه (قوله لانه حق العبد) أي بدلالة جواز الفعل والاعتياض اه اتقاني (قوله والطهرة من الذنب الخ) قال السمرقندي شارح الكنز عند هذه المقالة اعلم ان المسلم اذا حد أو اقتص في الدنيا لا يحد ولا يقتص في الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام من أذنب ذنبا فعوقب به في الدنيا لم يعاقب به في الآخرة اه وفي معراج الدراية الطهرة عن الذنب لا تحصل باقامة الحد بل بالتوبة ولهذا يقام الحد على كره منه اه (قوله لا باقامة الحد) قال علماؤنا اذا ارتكب العبد ذنبا يوجب الحد فأجري عليه الحد لا يحصل له التطهير به من غير توبة وندم للحديث الوارد فيه وفيه رد لمذهب المرجئة فان عندهم لا يضر ذنب مع الايمان كما لا تنفع طاعة مع الكفر اه أول الكشف شرح البزدوي اه (قوله لهم خزي في الدنيا) قال أبو الليث في تفسير قوله تعالى ذلك لهم خزي يعني القتل والقطع لهم عذاب في الدنيا ولا يكون ذلك كفارة لذنوبهم ان لم يتوبوا اه (قوله في المتن والزنا وطء في قبل خال الخ) قال في الهداية الوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف أهل الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته قال الكمال وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان في اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه أمرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لم يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بعث آدم أو قبل بعثه بوحي يخصه أي يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك انه تعريف في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد بل هو أعم والموجب للحد منه بعض أنواعه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وان كان لا يحد فلولا قول المصنف الموجب

﴿كتاب الحدود﴾

الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وسمي اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشيء ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات الخالصة حدودا لانها موانع من ارتكاب أسبابها معاودة وحدود الله محارمه لانها ممنوعة ومنه قول الله تعالى تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود الله أيضا أحكامه لانها تمنع عن التخطي الى ما وراءها ومنه تلك حدود الله فلا تعتدوها وفي الشرع اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق العبد وحكمه الاصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ولهذا كان حقا لله تعالى لانه شرع لمصلحة تعود الى كافة الناس والطهرة من الذنب ليست بحكم أصلي لاقامة الحد لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد ألا ترى الى قوله تعالى في حق قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا الآية وعد المغفرة للتائب ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهرة له قال رحمه الله (الحد عقوبة مقدرة لله تعالى) وهذا في الشرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (والزنا وطء في قبل خال عن ملك وشبهته)

الحد هو الزنا وهو فى عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يرد عليه شئ لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا فى قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التى لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبى فان الجنس وطء الرجل فالاولى فى تعريفه انه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا فى القبل بلا شبهة الملك فى دار الاسلام فخرج زنا الصبى والمجنون والمكره وبالصبية التى لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز اه قوله وانه فى عرف أهل الشرع واللسان الخ هكذا عرفه الشارح فى باب الوطء الذى يوجب الحد تبعا لصاحب الهداية اه (قوله ويشترط أن تكون الموطوأة مشتهاة والواطئ مكلفا طائعا) فان قلت لو كان الطوع داخلا فى ماهية الزنا الموجب للحد لما وجب الحد على المرأة اذا كان الرجل مكرها الا انها مكنت من فعل غير موجب للحد فيكون كالتمكين من فعل الصبى أو المجنون قلت الطوع انما اعتبر فى الزنا الموجب للحد على فاعله لا فى الزنا مطلقا ففعل المكره زنا وان لم يوجبه عليه وفعلها ليس بزنا فظهر الفرق اه مجتبى قال الكمال رحمه الله انما بدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور فى اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التى بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد فى لغة نجد قال الفرزدق أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من أسماء الخمر اه (قوله فى المتن ويثبت بشهادة أربعة) أى ليس فيهم امرأة على رجل أو امرأة اه فتح قال فى الهداية والزنا (١٦٤) يثبت بالبينة والاقرار قال الكمال والمراد ثبوته عند الحكام أما ثبوته فى نفسه فبايجاد الانسان الفعل لانه فعل حسى وسيذكر المصنف تعريف الزنا فى باب الوطء الذى يوجب الحد وخص البينة والاقرار لنفى ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال أبو ثور ونقل قولا عن الشافعى أنه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام للذى قذف امرأته) هو هلال بن أمية (قوله يشهدون تحقيق على صدق مقالتك) أى والا فخذ فى ظهرك اه (قوله ولان الله تعالى يحب الستر على عباده) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة رواه الترمذى فى جامعه اه اتقانى قال الكمال واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى وأداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها اه كلام الكمال مع حذف والله أعلم (قوله وفى اشتراط الاربع الخ) لا يقال اشتراط الاربع لا لمعنى الستر لان الزنا يحصل بين اثنين وعلى كل واحد منهما يشهد اثنان لانا نقول شهادة الاثنين كما جازت على الرجل جازت على المرأة لوجود العدالة فلا حاجة على هذا الى اشتراط شاهدين آخرين فعلم أن المعنى هو الستر لكن يشترط أربعة أحرار عدول مسلمين ولا تقبل شهادة الرجال مع النساء ولا كتاب القاضى

يعنى به الزنا الموجب للحد ويشترط أن تكون الموطوأة مشتهاة والواطئ مكلفا طائعا ولو قال الزنا وطء مكلف فى قبل المشتهاة عار عن ملك وشبهته عن طوع كان أتم ليخرج بذلك وطء غير المكلف كالمجنون والصبى ووطء غير المشتهاة كالصغيرة التى لم تبلغ حدا تشتهى والميتة والبهائم لان كل ذلك لا يوجب الحد وانما كان كذلك لان الزنا اسم لفعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهة الملك ولهذا وجب درؤه مهما أمكن شرعا والحد شرع لتقليل الفساد فيما يكثر وجوده ووطء هذه الاشياء نادر لان من له الطباع السليمة والعقول المستقيمة ينفر عنه وانما يفعل ذلك بعض السفهاء لغلبة الشبق وذلك نادر فلا يستدعى زاجرا وهذا لان الاصل فى الجزاء أن يكون فى الآخرة لا فى الدنيا لانها دار الابتلاء والآخرة دار الجزاء لكن السفهاء لما لم ينتهوا بمجرد النهى والوعيد فى الآخرة من الشارع شرع فى الدنيا بعض العقوبة دفعا لفسادهم عن العالم فيما يكثر وجوده قال رحمه الله (ويثبت بشهادة أربعة بالزنا لا بالوطء والجماع) أى يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة أربعة يشهدون عليه بالزنا أى بلفظ الزنا لا بلفظ الوطء والجماع لان الوصول الى العلم القطعى متعسر فاكتفى بالدليل الظاهر وهو البينة أو الاقرار لرجحان جنبة الصدق لا سيما الاقرار بما يتعلق به ضرر على المقر واشتراط الاربعة لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه الصلاة والسلام للذى قذف امرأته ائت بأربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك ولان الله تعالى يحب الستر على عباده وذم من يحب اشاعة الفاحشة وفى اشتراط الاربع

الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة اه اتقانى (قوله تحقيق) أما أن فيه معنى الستر فلان الشئ كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء اه (قوله وقال الشافعي لا تقبل لان فيه تهمة) أى ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد صغار اه فتح (قوله والرجلان تزنيان وزناهما المشى) أى والفرج يصدق ذلك أو يكذبه فلعل الشهود تسمى مقدمات الزنا زنا ويجب الاحتراز عن مثل ذلك بالسؤال اه اتقانى (قوله ولان من الناس من يعتقد كل وطء حرام زنا الخ) كوطء الحائض والنفساء والامة المجوسية والامة المشتركة والامة التى هى أخته من الرضاع فان كل ذلك حرام وليس بزنا اه اتقانى (قوله زنى فى دار الحرب أو البغى) مثال السؤال عن المكان اه أى ولان المسلم اذا زنى فى دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند وجوب الحد اه اتقانى (قوله أو فى قدم الزمان أو فى حال صباه أو جنونه) مثال السؤال عن الزنا اه يعنى اذا شهد الشهود بزنا متقادم لا يقبل اه (قوله فى المتن كالميل فى المكحلة) بضم الميم والحاء اه كمال وكتب على قوله كالميل فى المكحلة ما نصه جواب كيف هو اه اتقانى (قوله وعدلوا سرا وجهرا) قال الاتقانى فاذا عدلوا حكم بشهادتهم رجما كان موجب الزنا أو جلدا هذا اذا لم يعرف القاضى عدالة الشهود أما اذا عرفها يحد بلا تعديل وقال الكمال واعلم أن القاضى لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل من تعديل المزكى ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا فى اقامة الحد بالسمع الذى ذكرناه لكان يحد بعلمه لكن ثبت ذلك هنالك ولم يثبت فى تعديل الشهود اهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره اه قال الاتقانى وصورة تعديل السر أن يبعث القاضى أسماء الشهود الى المعدل بكتاب فيه أسماؤهم وأنسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم حتى يعرف المعدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جائز الشهادة ومن لم يكن عدلا فلا يكتب تحته شيأ أو يكتب الله أعلم وصورة تعديل العلانية أن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا هو الذى عدلته وسيجئ ذلك فى كتاب الشهادات اه قال الكمال رحمه الله وبقى شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل فى اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء اه ولفظ المحيط وأما شرطه فالعلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن فكتب فى ذلك عمر رضى الله عنه ان كان يعلم أن الله تعالى حرم الزنا فاجلدوه وان كان لا يعلم فعلموه وان عاد فاجلدوه ولان الحكم فى الشرعيات لا يثبت الا بعد العلم وان كان الشيوع والاستفاضة فى دار الاسلام أقيم مقام العلم ولكن لا أقل من ايراث الشبهة لعدم التبليغ والاسماع بالحرمة اه (قوله بخلاف سائر الحقوق) أى عند أبى حنيفة حيث يكتفى بظاهر العدالة لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا اذا طعن الخصم فحينئذ يسأل القاضى عن الشهود عنده أيضا اه اتقانى

تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربعة على هذه الفاحشة نادر واشتراط لفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطء والجماع قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الآية واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة عندنا حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم عندنا ويحدون حد القذف وقال الشافعى تقبل كسائر الحقوق اذ لا تفصيل فى النصوص الواردة فيه فيعمل باطلاقها ولنا قول عمر رضى الله عنه لو جاؤا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد قبل قول غيره وقع قذفا وكذا الثانى والثالث فلا ينقلب شهادة الا للضرورة وهو ما اذا جاؤا جملة فشهد واحد بعد واحد فتقبل شهادتهم لتعذر أدائها جملة وان كان أحدهم الزوج تقبل شهادته وقال الشافعى لا تقبل لان فيه تهمة ولنا انه يتضرر به لانه يقر بزنا امرأته فكان أبعد من التهمة كشهادة الوالد على ولده قال رحمه الله (فيسألهم الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية) أى يسألهم عن نفس الزنا وحاله وموضعه ووقته والمرأة التى زنى بها لانه عليه الصلاة والسلام استفسر ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون ولان كلامهم محتمل والاحتياط فيه واجب فيجب عليه الاستفسار ليزول الاحتمال فيسألهم عن ماهيته أى ذاته وهو ادخال الفرج فى الفرج لانه يحتمل انهم عنوا به غير الفعل فى الفرج كما قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى ولان من الناس من يعتقد كل وطء حرام زنا يوجب الحد وعن كيفيته لاحتمال وقوعه حالة الاكراه أو تماس الفرجين من غير ايلاج الى الحشفة وعن زمانه ومكانه لاحتمال أنه زنى فى دار الحرب أو البغى أو فى قدم الزمان أو فى حال صباه أو جنونه وعن المزنى بها لاحتمال أن تكون امرأته أو أمته أو تكون له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتيالا للدرء وهو مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم قال رحمه الله (فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل فى المكحلة وعدلوا سرا وجهرا حكم به) لظهور الحق ووجوب الحكم به على القاضى ولو قالوا لا نزيد على قولهم زنى لا يحد المشهود عليه للشبهة وكذا الشهود أيضا لا يحدون لانهم شهدوا بالزنا ولم يقذفوا وانما يسألون احتياطا حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدون ولم يكتف هنا بظاهر العدالة بخلاف سائر الحقوق احتيالا للدرء ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب ولا وجه الى أخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع

احتياط فلا يكون مشروعا فيما ينبني على الدرء فان قيل الاحتياط في الحبس أكثر فكيف يكون مشروعا قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا له وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة لان الحبس أقصى عقوبة فيها ألا ترى أنه لا يعاقب بعد ثبوت الحق الا به فلا يجوز أن يفعله قبل الثبوت بخلاف الحدود فان فيها عقوبة أخرى أغلظ منه قال رحمه الله (وباقراره أربعا في مجالسه الاربعة كلما أقر رده) أي يثبت الزنا باقراره أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضي وقال الشافعي يكتفى بالاقرار مرة لان الاقرار مظهر وتكراره لا يزيد شيأ كما في سائر الحقوق بخلاف كثرة العدد في الشهود لانه يفيد زيادة طمأنينة القلب ولنا حديث ماعز رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام أخر اقامة الحد عليه الى أن تم اقراره أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار تعظيما لامر الزنا وتحقيقا للستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضي ويرده القاضي كلما أقر فيذهب به حتى يغيب عن نظره في كل مرة فيما روي عن أبي حنيفة رحمه الله لانه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا حتى توارى بحيطان المدينة فان قيل انما رده عليه الصلاة والسلام قبل أن يتبين له عقله لانه جاء أشعث أغبر متغير اللون ولما استبان له عقله رجمه ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال له أبك خبل أبك جنون فقال لا فسأل عنه فقالوا ما نعلم فيه الا خيرا وبعث الى أهله هل تنكرون من عقله شيأ فقالوا لا فسأله عن احصانه فأخبره انه محصن فرجمه قلنا ليس كذلك لان حاله يدل على كمال عقله اذ هي حالة التوبة والخوف من الله لا على جنونه وقوله عليه الصلاة والسلام أبك خبل أبك جنون تلقين منه ليدرأ بها الحد كما قال عليه الصلاة والسلام له لعلك قبلتها لعلك باشرتها والسؤال عنه كان على سبيل الاحتياط والدليل عليه ما قاله أبو بكر الصديق رضي الله عنه له بعد ما أقر ثلاث مرات انك ان اعترفت الرابعة رجمك فاعترف وهذا دليل على أن هذا العدد كان معروفا بينهم ظاهرا عندهم ألا ترى الى قول أبي بريدة كنا نتحدث في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه وصح أن الغامدية رجمها عليه الصلاة والسلام بعد ما أقرت أربع مرات ولا يقال اذا لم يجب الحد باقراره مرة وجب أن يجب المهر لانه أقر بوطء لا يوجب الحد فاذا وجب المهر وجب أن لا يجب الحد بعد ذلك لانهما لا يجتمعان لانا نقول الامر موقوف فان تمت الحجة لم يجب والا وجب كما قلنا في الشهادة ان البعض اذا شهدوا يتوقف الامر فان تم النصاب لا يكون قذفا والا فهو قذف فكانا متوقفين في ايجاب الحد عليهم أو على الزانيين ولا فرق في الاقرار بين أن يكون حرا أو عبدا وفي العبد خلاف زفر رحمه الله وقد عرف في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وانما يعتبر العدد فقط كما في الشهادة والحجة عليه ما بيناه وينبغي للامام أن يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهية من ذلك ويأمر بابعاده عن مجلسه في كل مرة لانه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك وقال عمر رضي الله عنه اطردوا المعترفين يعني بالزنا قال رحمه الله (وسأله كما مر فان بينه حد) أي اذا تم اقراره أربع مرات سأله كما مر في الشهادة وهو أن يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين هو وأين زنى وبمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لان تقادم

كمال رحمه الله (قوله في المتن وباقراره) أي باقرار البالغ العاقل واعتبار البلوغ والعقل لان كلام الصبي والمجنون ليس بصحيح اه قال الكمال قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالاقرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولابد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين وكذا لو أقر وظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارها بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هي أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما اه (قوله من مجالس المقر) أي لا مجالس القاضي اه (قوله وقد عرف في موضعه) أي في باب الجزاء اه (قوله وقال ابن أبي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس) أي فيقام الحد عنده بالاقرار أربع مرات وان كان في مجلس واحد اه (قوله وبمن زنى) العلم بالمزني بها ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زنيت بامرأة لا أعرفها صح اقراره ويحد اه بدائع (قوله ومتى زنى) قال الاتقاني ولم يذكر القدوري السؤال عن الزمان في الاقرار بأن يقول متى زنيت لان التقادم مانع للشهادة لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه العهد
فقبل اقراره وان تقادم العهد وبيان التقادم يعلم في باب الشهادة على الزنا وقال الكمال ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال عن زنيت لانه قد

العهد عنع الشهادة دون الاقرار والاصح انه يسأله لاحتمال انه زنى فى صباه وهذا السؤال يكون بعدما نظر فى حاله وعرف أنه صحيح العقل كما فعل عليه الصلاة والسلام ولا بد من التصريح به فى ذلك ولا يكتفى بالكناية لانه عليه الصلاة والسلام قال لماعز فهل تدرى ما الزنا قال نعم وقال له أنكتها ولا تكنى قال نعم فاذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الاحصان فان قال انه محصن سأله عن الاحصان ما هو فان وصفه بشرائطه حكم برجمه ولا يعتبر اقراره عند غير القاضى ممن لا ولاية له فى اقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يحد لان هذا الاقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن الباقى دليل الرجوع أو هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعدم شرعا فبقيت الشهادة وحدها هى الحجة فيقبل ولابى يوسف رحمه الله ان الاقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فأورثت الحقيقة شبهة وهو يدرأ بها فصار كما اذا كانت معتبرة شرعا قال رحمه الله (فان رجع عن اقراره قبل الحد أو فى وسطه خلى سبيله) وقال الشافعى وابن أبى ليلى رحمهما الله يحد لوجوبه باقراره فلا يبطل بعد ذلك بانكاره وهذا لانه احدى الحجتين فصار ثبوته به كثبوته بالشهادة كالقصاص وحد القذف ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب كالاقرار الاول فأورث شبهة وهو يدرأ بها وهذا لان كل واحد من كلاميه يحتملها فلا يمكن العمل باحدهما لعدم الاولوية فيترك على ما كان بخلاف القصاص وحد القذف لانه من حقوق العباد وهو يكذبه والحد حق الله فلا يكذب له والى صحة الرجوع أشار عليه الصلاة والسلام بقوله هلا تركتموه حين أخبر بفرار ماعز قال رحمه الله (وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) أى يستحب للامام أن يلقنه الرجوع بقوله لعلك قبلتها أو لمستها أو وطئتها بشبهة أو بنكاح أو بملك يمين لانه عليه الصلاة والسلام قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا يا رسول الله قال أنكتها ولا تكنى قال نعم فعند ذلك أمر برجمه رواه البخارى وأحمد وأبو داود وقال عليه الصلاة والسلام فى رواية أنكتها كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر قال نعم فقال فهل تدرى ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من امرأته حلالا الحديث قال رحمه الله (فان كان محصنا رجمه فى فضاء حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام أمر برجم الغامدية وماعز وكانا محصنين وأخرج ماعز الى الحرة وقيل الى البقيع ففر الى الحرة فرجم بالحجارة حتى مات وفيما رواه الجماعة أنه عليه الصلاة والسلام رجم المرأة التى زنى بها العسيف وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل النفس بغير حق وقال عمر رضى الله عنه وهو على المنبر وان مما أنزل فى القرآن الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وسيأتى قوم ينكرون ذلك ولولا أن الناس يقولون ان عمر زاد فى كتاب الله تعالى لكتبتها على حاشية المصحف وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم فوصل الينا اجماعهم بالتواتر ولا معنى لانكار الخوارج الرجم لانهم ينكرون القطعى فيكون

بين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا فى جارية ابنه بخلاف ما لو قال فى جوابه لا أعرف التى زنيت بها فانه يحد لانه أقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره أنه لا ملك له فى المزنية لانه لو كان لعرفها اذ الانسان لا يجهل زوجته وأمته * والحاصل أنه اذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا أقر أنه زنى بفلانة وهى غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم أرسل الى المرأة فقال فان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال أن تذكر ما يسقط عنه وعنها ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحد الرجل عند أبى حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحد هى عندهما لا عنده اه (قوله أو فى وسطه) أى قبل رجوعه اه (قوله وقال الشافعى) قال الكمال والمسطور فى كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعدما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك فى قبول رجوعه روايتان اه (قوله هلا تركتموه) ووجه الاستدلال به أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فراره دليلا على الرجوع وأسقط به الحد فاذا اسقط الحد بدليل الرجوع سقط بصريح الرجوع بالطريق الاولى اه اتقانى (قوله فى المتن فان كان محصنا الخ) هذا من الاحرف التى جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال أحصن يحصن فهو محصن فى ألفاظ معلومة هى أسهب فهو مسهب اذا أطال وأمعن فى المشى ومنه قول المصنف فى خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء وألفج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها أيضا اذا أفلس وعليه دين اه وكتب ما نصه هذا أحد ما جاء على أفعل فهو مفعل وامرأة محصنة أى متزوجة وليس فى كلامهم أفعل فهو مفعل الا ثلاثة أحرف هذا أحدها ويقال أسهب من لدغ الحية أى ذهب عقله فهو مسهب قال الراجز * فمات عطشان ومات مسهبا * ويقال ألفج الرجل فهو ملفج اذا رقت حاله وسأل رجل الحسن أيدالك الرجل أهله قال نعم اذا كان ملفجا المدالكة والمماطلة بمعنى وهى المدافعة كذا فى الجمهرة اه اتقانى (قوله فارجموهما) الذى فى خط الشارح فارجمهما اه (قوله لكتبتها على حاشية المصحف) قيل فى هذا اشكال وهو أنه اذا كان جائز الكتابة كما هو ظاهر اللفظ فهو قرآن متلو ولكن لو كان متلوا لوجب على عمر المبادرة لكتابتها لان مقال الناس لا يصلح مانعا من فعل الواجب

مكابرة وعنادا قال رحمه الله (يبدأ الشهود به) أي يبدأ الشهود بالرجم وقال الشافعي لا تشترط بداءتهم اعتبارا بالجلد ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال حين رجم شراحة الهمدانية ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فأنا أول من رماها بحجر قال الراوي ثم رمى الناس وأنا فيهم ولان الشاهد ربما يتجاسر على الشهادة ثم يستعظم المباشرة فيأبى أو يرجع فكان في بداءته احتيال الدرء بخلاف الجلد فان كل أحد لا يحسنه فيخاف أن يقع مهلكا أو متلفا العضو وهو غير مستحق ولا كذلك الرجم لان الاتلاف فيه متعين قال رحمه الله (فان أبوا سقط) أي ان أبى الشهود من البداءة يسقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذلك اذا امتنع واحد منهم أو جنوا أو فسقوا أو قذفوا فحدوا أو أحدهم أو عمي أو خرس أو ارتد والعياذ بالله تعالى لان الطارئ على الحد قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء وكذا اذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا أو بعضهم لما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه أنهم اذا امتنعوا أو ماتوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وان كان الشهود مرضى لا يستطيعون أن يرموا أو مقطوعي الايدي رجم بحضرتهم بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة ذكره في النهاية قال رحمه الله (ثم الامام ثم الناس) لما روينا من أثر علي رضي الله عنه ويقصدون بذلك مقتله الا من كان منهم ذا رحم محرم منه فانه لا يقصد مقتله لان بغيره كفاية وروى أن حنظلة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه وكان كافرا فمنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة قال رحمه الله (ويبدأ الامام لو مقرا ثم الناس) أي يبدأ الامام بالرجم ان كان الزاني مقرا لما روينا من أثر علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت أقرت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن غسل ماعز وتكفينه والصلاة عليه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على أهل الحجاز لوسعتهم ولقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة ولانه قتل بحق فلا يسقط به الغسل كالقتل بقصاص بخلاف الشهيد وصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الغامدية بعدما رجمت وكانت أقرت وقال عليه الصلاة والسلام والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له رواه مسلم وأبو داود قال رحمه الله

قال السبكي لعل الله ييسر علينا حل هذا الاشكال فان عمر رضي الله عنه انما نطق بالصواب ولكنا نتهم فهمنا وأجيب بأنه يمكن تأويله بان مراده لكتبتها منبها على نسخ تلاوتها ليكون في كتابتها في محلها أمن من نسيانها بالكلية لكن قد تكتب من غير تنبيه فيقول الناس زاد عمر فترك كتابتها بالكلية وذلك من دفع أعظم المفسدتين باخفهما والله أعلم (قوله لا يحسنه) الذي في خط الشارح بلا ضمير اه (قوله ان أبى الشهود من البداءة يسقط الحد) أي عن المشهود عليه ولا يحدونهم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما نراه في الشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضور ها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط اه فتح (قوله أو قذفوا فحدوا) أي سواء اعترض ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا لم يحصل الامضاء (١٦٨) فكأنه لم يحصل القضاء اه اتقاني (قوله أو عمي أو خرس) قال الكمال وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمي أو خرس أو فسق أو قذف فحد لافرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة اه قال الاتقاني أما اذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد في الكافي أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ويبطل فيما سواهما وكذلك ما سوى الحدود من حقوق الناس اه (قوله وكذا اذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا) في ظاهر الرواية اه هداية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن أبي يوسف اه اتقاني (قوله في المتن ويبدأ الامام لو مقرا) قال الكمال رحمه الله واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بان حقيقة ما دل عليه قول علي أنه يجب على الامام أن يأمرهم بالابتداء احتيالا للثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في أمر القضاء بان يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط اذ لم يكن عن عدمه العدم لأنه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ واعلم أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيها (قوله الغامدية) منسوبة الى بني غامد قبيلة من العرب اه اتقاني (قوله بخلاف الشهيد) أي فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة اه كمال

(ولو

(قوله في المتن ولو غير محصن) أي وهو حر اه (قوله لقوله تعالى الزانية والزاني) قال الاتقاني ورفع الزانية والزاني بالابتداء وخبرهما محذوف تقديره وفيما فرض عليكم الزانية والزاني أي حكمهما وهو الجلد ويجوز أن يكون الخبر فاجلدوا وهو مذهب المبرد والاول مذهب الخليل وسيبويه ودخول الفاء في الخبر لتضمن المبتدا معنى الشرط لان الالف واللام بمعنى الذى أي التى زنت والذى زنى فاجلدوهما كقولك من زنى فاجلدوه اه (قوله الا أنها نسخت في حق المحصن) أي قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهي أولى من ادعاء أن الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم الحكم بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رضي الله عنه وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك أن الطريق في ذلك الى عمر ظني ولهذا قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه للقرآن المنسوخ التلاوة وعرف من ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه أن الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية أبي داود ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام فيه اه كمال وكتب ما نصه أي بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها رواها عمر رضي الله عنه في خطبته بحضرة الصحابة من غير نكير وقال ان مما يتلى في كتاب الله تعالى الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ولا تهمة في روايته الا أن الله تعالى لما صرفها عن قلوب العباد لحكمة لم يكتبها عمر في المصحف وقال لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها اه اتقاني (قوله وقدمت الزانية بالذكر) أي مع أن العادة عكسه اه فتح (قوله اذ لو لم تطمعه ولم تمكنه لم يطمع) بخلاف آية السرقة حيث قدم الرجل فيها على المرأة لان الرجل هو الاصل في باب العدوان وان كان يقع من المرأة أيضا اه اتقاني (قوله لقوله تعالى) أي فاذا أحصن اه (قوله فعليهن) أي الاماء اذا أحصن أي تزوجن فان أتين بفاحشة أي زنين اه اتقاني (قوله ما على المحصنات) أي الحرائر اه اتقاني (قوله من العذاب) أي من الحد اه (قوله لان الرجم لا يتنصف) أي فلا رجم على الرقيق اه فتح (قوله فتعين الجلد لذلك أو لعدم الاحصان الخ) وحضرة المولى ليس بشرط في صحة اقراره وشرط اقامة البينة عند أبي حنيفة ومحمد اه ابن فرشتا في المجمع (قوله والعقوبات ثبت في العبيد بدلالة النص) أي بناء على أنه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه اه كمال (قوله وأنث للتغليب) قال الكمال وقول بعضهم بدخولهن بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان في تزويج الاماء أعني قوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط أعني الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازي الى أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حد عليها حتى يحصنها زوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ فاذا أحصن بالبناء للفاعل ونؤول على معنى أسلمن اه (قوله في المتن بسوط لا ثمرة له) قال الكمال قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمرة الشجر وفي الصحاح وغيره عقد أطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول لما ذكر الطحاوي أن عليا حد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفي

(ولو غير محصن جلد مائة) أي لو كان الزاني غير محصن جلد مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والخطاب للأئمة لان اجتماع الامة متعذر فتعين الامام لقيامه مقامهم وهي عامة في المحصن وغيره الا أنها نسخت في حق المحصن بما ذكرنا فبقيت معمولا بها في حق غيره وقدمت الزانية بالذكر لانها هي المادة في هذه الجناية اذ لو لم تطمعه ولم تمكنه لم يطمع ولم يتمكن أو لان الفاحشة منهن أكثر لغلبة شهوتهن وقلة دينهن وعدم حفظهن للمروءة قال رحمه الله (ونصف للعبد) أي نصف المائة للعبد لقوله تعالى فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف فتعين الجلد لذلك أو لعدم الاحصان لفقد شرطه وهو الحرية فاذا ثبت التنصيف في الاماء لمكان الرق المنقص للكرامات والعقوبات ثبت في العبيد بدلالة النص اذ النص الوارد في أحد المثلين يكون واردا في المثل الآخر أو نقول دخل العبد في اللفظ وأنث للتغليب ومثله قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة ولفظ خمس بلا تاء يتناول الاناث ودخل الذكور فيه إما بدلالة النص أو دخل في اللفظ وأنث للتغليب وفي مثله يغلب الذكور عادة كما في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة وان كنتم جنبا وغيره قال رحمه الله (بسوط لا ثمرة له متوسطا) أي يضرب بسوط لا عقدة له

الايضاح ماوافقه قال ينبغي أن لايضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفى الدراية لكن المشهور فى الكتب لاثمرة له لاعقدة له وقول المصنف فى الاستدلال عليه لان عليا لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لايحتمل الوجه الاول أصلا بل أحد الامرين إما العقدة وإما تليين طرفه بالدق اذ كان يابساوهو الظاهر روى ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسى عن أنس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له فى زمن من كان هذا قال فى زمن عمر ابن الخطاب والحاصل أن المراد لايضرب وفى طرفه يبس لانه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف اذا كان فى طرفه عقدة ويفيد ذلك ماروى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله انى أصبت حدا فأقمه على فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتى بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فأتى بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فأتى بسوط بين سوطين فقال هذا وأمر به فجلد ورواه ابن أبي شيبة عن زيد بن أسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل فذكره وذكره مالك فى الموطا والحاصل أن يجتنب كلا من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذى يصير ذنبين تعميما للمشترك فى النفى لانه عين العدد مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشمل كل العقدة ليعم المجاز ماهو يابس الطرف على ماذكرنا كان أولى فانه لايضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا اه (قوله والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح) قال الكمال رحمه الله ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحد ضعيف الخلقة يخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله اه وسيأتى هذا فى كلام الشارح عند قوله (١٧٠) والمريض يرجم قال الاتقانى وروى أنه عليه الصلاة والسلام أمر الجلاد أن لايبين ابطه اه

ضربا متوسطا وفى النهاية هى عذبته وذنبه وطرفه لان كل ضربة بها تصير ضربتين وعن على رضى الله عنه أنه كسر ثمرته ولو لم يكسر الثمرة بعد كل ضربة بضربتين لما روى أن عليا رضى الله عنه ضرب الوليد بسوط له طرفان وفى رواية ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة بضربتين والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح لان الجارح يفضى الى التلف أو يبقى فى جسده أثر يشينه ولهذا يكسر عقدته وغير المؤلم لايفيد والواجب التأديب دون الاهلاك قال رحمه الله (ونزع ثيابه) يعنى غير الازار لان فى نزعه كشف العورة والمقصود من ضربه ايصال الالم اليه لاسيما هذا الحد لانه مبنى على الشدة والتجريد فيه أبلغ وقد صح أن عليا رضى الله عنه كان يأمر بالتجريد فى الحدود قال رحمه الله (وفرق على بدنه) أى فرق الضرب على بدنه وأعضائه لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والجلد زاجر وليس بمتلف ولانه نال اللذة فى كل عضو منه فيعطى حظه من الضرب ولهذا يرجم اذا كان محصنا قال رحمه الله (الا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه الصلاة والسلام للجلاد اتق الوجه والمذاكير ولان الضرب على الفرج متلف وعلى الرأس سبب لزوال الحواس كالسمع والبصر والشم والفهم وكذا على الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن ذهابها فيكون اهلاكا من وجه فلا يشرع وقال أبو يوسف أخرا يضرب الرأس سوطا لقول أبى بكر رضى الله عنه للجلاد اضرب الرأس فان فيه شيطانا قلنا قال ذلك فى مستحق القتل لانه كان من دعاة أهل الحرب محاوفا وسطر أسه فأمر بضرب ذلك الموضع وأخبر أن فيه شيطانا وقال عمر للجلاد اياك أن تضرب الرأس والفرج وقال بعض مشايخنا لايضرب الصدر والبطن لانه مقتل

(قوله وقد صح ان عليا الخ) قال الكمال وقول المصنف لان عليا رضى الله عنه كان يأمر بالتجريد فى الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال صح أن عليا كان يأمر بالتجريد فابعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن على بل روى عنه خلاف اه فتح (قوله فرق الضرب على أعضائه) أى على الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين اه اتقانى وكتب على قوله أعضائه مانصه أى أعضاء المحدود اه (قوله فى المتن الا رأسه ووجهه) قال الكمال وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للذى أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون مرفوعا بل موقوفا على على رضى الله عنه أنه أتى برجل سكران أو فى حد فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتى برجل وأعط كل عضو حقه قال وروينا هذا القول عن على وابن مسعود والنخعى رضى الله عنهم اه ولاشك أن معنى ماذكره المصنف فى الصحيحين من حديث أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير ولاشك أن هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع أن فى حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه أو هو فى مقابلته حالة الحملة لايكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يقتله صبرا فى حد قتلا أو غير قتل اه قال الكمال أيضا والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا فى جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسمية ماحوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما المفرق واحد اه وفى الصحاح الذكر خلاف الانثى والجمع ذكور وذكران وذكارة أيضا مثل حجر وحجارة والذكر العوف والجمع مذاكير على غير قياس كأنهم فرقوا بين الذكر الذى هو الفحل وبين الذكر الذى هو العضو فى الجمع وقال الاخفش هو من الجمع الذى ليس له واحد مثل العباديد والاباييل اه وفى الصحاح فى باب الفاء وكان بعض الناس يتأول العوف الفرج فذكرته لابى عمرو فأنكره اه (قوله من دعاة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض اه اتقانى (قوله وسط رأسه) أى وضرب رأسه واجب واهلاكه مستحق اه اتقانى (قوله وقال بعض مشايخنا لايضرب الصدر والبطن) قال الكمال فيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا

لايقتل فى البطن فكيف بالصدر ثم اذا فعل بالعصا كما يفعل فى زماننا فى بيوت الظلمة ينبغى أن لايضرب البطن اه (قوله وقال الشافعى الخ) قال الكمال وما قيل فى المنظومة والكافى ان الشافعى رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية البينة والا حد فى ظهرك غير ثابت فى كتبهم بل الذى فيها كقولنا وانما رواية عن مالك أنه خص الظهر وما يليه وأجيب بان المراد بالظهر نفسه أى حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة مثل عمر وعلى وابن مسعود وما استنبطناه من قوله عليه الصلاة والسلام اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه وأنه فى نحو الحد فما سواه داخل فى الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع اه

كالرأس وعن أبى يوسف مثله وقال الشافعى رحمه الله يخص الظهر بالضرب لقوله عليه الصلاة والسلام شهودك أو حد فى ظهرك قلنا ليس فيه نفى ضرب غيره من الاعضاء قال رحمه الله (ويضرب الرجل قائما فى الحدود غير ممدود) لقول على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى الحدود على التشهير لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والقيام أبلغ فيه والممدود هو الملقى فى الارض كما يفعل اليوم وقيل أن يمد فيرفع يده فوق رأسه وقيل أن يمد السوط على جسده عند الضرب فيجر عليه وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق قال رحمه الله (ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو) أى المرأة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو لان فى تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى الجسد والستر حاصل بدونهما فلا حاجة اليهما فينزعان ليصل الالم الى البدن قال رحمه الله (وتضرب جالسة) لما روينا من قول على رضى الله عنه ولانها عورة فلو ضربت قائمة فلا يؤمن كشف عورتها قال رحمه الله (ويحفر لها فى الرجم لا له) أى يحفر للمرأة لا للرجل لقول أبى سعيد فوالله ما حفرنا لماعز ولا أوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن أبيه حفر للغامدية الى صدرها رواهما مسلم وأحمد وأبو داود ولانها ربما تضطرب اذا أصابتها الحجارة فتبدو أعضاؤها وهى كلها عورة فكان الحفر أستر لها بخلاف الرجل ولا بأس بترك الحفر لها لانه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك والربط والامساك غير مشروع فى المرجوم قال رحمه الله (ولا يحد عبده الا باذن إمامه) أى المولى لا يحده الا اذا فوض الامام اليه وقال الشافعى رضى الله عنه له أن يقيم عليه الحد الذى هو خالص حق الله تعالى اذا عاين السبب أو أقر عنده اذا كان المولى ممن يملك الحد بتولية الامام بان كان بالغا عاقلا حرا وان ثبت بالبينة فله فيه قولان وفى حد القذف والقصاص له وجهان وان كان المولى مكاتبا أو ذميا أو امرأة فليس له أن يقيم الحد على مملوكه له قوله عليه الصلاة والسلام اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر متفق عليه ولان له ولاية مطلقة فيملك اقامة ما وجب عليه كالامام بل أولى لان ولايته عليه فوق ولاية الامام حتى ملك فيه من التصرفات ما لا يملكه الامام ألا ترى أن المولى هو الذى يزوج دون الولى بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يزوج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل أنها فوق ولاية السلطنة ضرورة ولهذا يملك تعزيره كما يملكه الامام والحد كالتعزير لان كلا منهما عقوبة شرعت للزجر ولنا ما روى عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفىء وعن على مثله ولان الحد حق الله تعالى اذ المقصود من شرعه إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العباد فتكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى والامام هو المتعين لها فى استيفاء حقوق الله تعالى فأما المولى فولايته بالملك لا يصلح أن يكون نائبا لله تعالى ألا ترى أن المرأة لا تصلح لذلك وان كانت مالكة وكذا الذمى والمكاتب بخلاف التعزير لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه

(قوله على التشهير) أى زجرا للعامة عن مثله اه فتح (قوله فيرفع) أى الضارب اه (قوله عند الضرب) أى بعد وقوعه اه فتح (قوله والربط والامساك الخ) قال الكمال وان امتنع الرجل ولم يقف ولم يصبر لا بأس بربطه على اسطوانة أو يمسك اه ﴿فرع﴾ قال الكمال رحمه الله ولا يقام حد فى مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روى عن مالك أنه لا بأس بالتأديب فى المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبى ليلى الحد فى المسجد فخطأه أبو حنيفة وفى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها فى جمعكم وضعوا على أبوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد اه قوله وجمروها قال فى النهاية ومنه نعيم المجمر الذى كان يلى اجمار مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم اه وقال قاضيخان قبيل فصل حد القذف ولا قود ولا تعزير فى المسجد ولكن القاضى يخرج من المسجد اذا أراد اقامة الحد بين يديه اه وذكر الشارح قبيل فصل التعزير ان الحد لا يقام فى المسجد اه (قوله وقال الشافعى) أى ومالك وأحمد اه فتح (قوله أن يقيم عليه الحد) أى بلا اذن وعن مالك إلا فى الامة المزوجة اه فتح (قوله العبادلة الثلاثة) أى ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير اه اتقانى (قوله ولان الحد حق الله) أى فلا يجوز للمولى أن يستوفيه لانه أجنبى فى حقه فلا يجوز للاجنبى أن يتصرف فى حق غيره اه اتقانى (قوله وكذا الذمى الخ) قال الكمال واستثنى الشافعى من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهل يجرى ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووى الاصح المنصوص نعم لاطلاق الخبر اه

(قوله في المتن واحصان الرجم الخ) قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سيأتي قاله الكمال ثم قال وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حالة الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم أن الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي أن تكون بيانية أي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل أن الاحصان الذي هو شرط الرجم هي الامور المذكورة فهي أجزاؤه أو هو هيئة يكون باجتماعها فهي أجزاء علته وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا أو قياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره اه (قوله وهما بصفة الاحصان) الى هنا كلام الشارح وينبغي أن يذكر بعد قوله الاحصان والتكليف غير أنه ليس ثابتا في خطه والصواب اثباته اه (١٧٢) (قوله وهذه الشرائط) أي التي ذكرها المصنف سبعة الاول الحرية الثاني والثالث العقل والبلوغ أشار اليهما المصنف بقوله والتكليف الرابع الاسلام الخامس النكاح الصحيح السادس الدخول فيه وهو المراد بقوله والوطء السابع احصانهما حالة الدخول اه واعلم أولا أن الزنا سبب لوجوب الجلد والرجم جميعا لكن للرجم شرائط هي المذكورة آنفا فاذا وجدت هذه الشرائط يجب الرجم والا فيجب الجلد قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن الدخول آخر شرائط الاحصان حتى لو وجد الدخول أولا ثم وجد سائر الشرائط لا يكون محصنا ما لم يوجد الدخول بعدها بيانه فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي أن المسلم البالغ العاقل تزوج امرأة نصرانية فدخل بها ثم أسلمت المرأة فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام زنى الرجل لا رجم عليه لانه لم يدخل بها بعد اسلامها ولم تكمل شرائط احصانه عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكون محصنا ولو كانت المرأة أمة فدخل بها زوجها ثم أعتقها المولى فما لم يدخل بها بعد العتق لا يكمل الاحصان بالاتفاق وكذا لو دخل بها وهي صغيرة ثم أدركت وكذا لو كان تحته امرأة حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما ثم اذا أسلما لا يعود احصانهما الا بعد الدخول بها بعد الاسلام الى هنا لفظ الشارح والله أعلم (قوله ويمكنه) أي الاسلام يمكن اه (قوله وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط وبه قال الشافعي) قال الاتقاني وأما الاسلام فانه شرط الاحصان في ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعا لما قلنا وروى عن أبي يوسف أن الاسلام ليس بشرط وهو قول الشافعي وثمرة الخلاف أن الذمي الثيب الحر اذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم وعندهما يرجم اه (قوله وأما التزوج بنكاح صحيح) أي ثم لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد لانه لا يبيح الوطء وكذا لا يكون محصنا أيضا بالجماع في النكاح الصحيح اذا قال ان تزوجتك فأنت طالق نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي اه اتقاني (قوله ولانه) أي التزوج بنكاح صحيح اه (قوله وأما احصانهما) قال الكمال رحمه الله

لا

التأديب والتثقيف ولهذا يملكه عليه وان كان صغيرا غير مخاطب شرعا وهو كتأديب الدواب وتقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو والتقدم في ولاية الانكاح لا يدل على تقدمه في ولاية الحدود كالقريب فانه يتقدم عليه فيه وليس له ولاية اقامة الحدود ولان الحدود انما تجب باعتبار الآدمية والمولى يملك ماليته لا غير فكان أجنبيا عنه فصار كالحر في حقه ولهذا يصح اقراره بالحدود دون الاموال والمراد بما روى التسبيب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن الامام وهذا كما يقال قتل الامير فلانا ونادى الامير في الناس والمباشر للقتل والنداء غيره وانما نسب اليه بالتسبيب بالامر بذلك وهذا المعنى هو الظاهر لانه عليه الصلاة والسلام خاطب الموالي كلهم بذلك وكلهم لا يملكون المباشرة بالاجماع أو يكون ذلك اذنا منه عليه الصلاة والسلام للموالي بان يقيموا الحدود عليهم وعندنا تجوز اقامته للمولى باذن الامام قال رحمه الله (واحصان الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان) العقل والبلوغ وهذه الشرائط سبعة الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والتزوج نكاحا صحيحا والدخول بالنكاح الصحيح وكونهما محصنين حالة الدخول أما العقل والبلوغ فهما شرط لاهلية العقوبات كلها لان المجنون والصبي ليسا بمكلفين وأما الحرية فلان الاحصان ينطلق عليها قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات أي الحرائر ولانها تمكنه من النكاح الصحيح المغني عن الزنا وأما الاسلام فلقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن ولانه يتمكن به من نكاح المسلمة اذ الكافرة لا تحصنه ويمكنه من اعتقاد الحرمة أو يؤكده وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط وبه قال الشافعي رحمه الله لانه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين قلنا كان ذلك بحكم التوراة قبل نزول آية الجلد في أول ما دخل عليه الصلاة والسلام المدينة وصار منسوخا بها ثم نسخ الجلد في حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا وأما التزوج بنكاح صحيح فلان الاحصان ينطلق عليه قال الله تعالى والمحصنات من النساء أي المنكوحات وقال تعالى فاذا أحصن أي تزوجن ولانه يمكنه من الوطء الحلال وأما الدخول فلقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب الحديث والثيابة لا تكون بغير دخول ولان باصابة الحلال تنكسر شهوته ويشبع فيستغني به عن الزنا والمعتبر ايلاج الحشفة بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الانزال وأما احصانهما حالة الدخول فلأن هذه النعمة به تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصغيرة لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وفي الكافرة خلاف أبي يوسف وعنه أنه

وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة فهو شرط خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فأسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل أن يدخل بها بعد الاسلام أي يطأها زنى لا يرجم وكذا لو أعتقت الامة التي هي زوجة الحر العاقل البالغ المسلم بعد ما دخل لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وكذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل إحصانهما فاذا أسلما لا يعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام اه وقال الاتقاني عند قوله وكونهما على صفة الاحصان عند الدخول فعن هذا عرفت أن إحصان أحد الزوجين شرط لاحصان صاحبه بخلاف احصان أحد الزانيين حيث لا يكون شرطا لاحصان الآخر حتى يحد كل واحد منهما حد نفسه جلدا كان أو رجما اه (فرع) قال قاضيخان في الجامع أربعة شهدوا على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وهو الدخول بحكم النكاح وله امرأة قد ولدت في نكاحه يرجم لان حكم الشرع بثبات النسب منه حكم بالدخول ولهذا لو طلقها كان له الرجعة اه وقال الترتاشي فان أقرا بالدخول ثبت إحصانهما وان أقر أحدهما دون الآخر ثبت في حق المقر لان حكم إقراره يلزمه ولو ولدت منه وهما ينكران الدخول فهما محصنان لان الولد شاهد على ذلك ولو لم يكن له منها ولد يثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين وقال زفر والشافعي لا يثبت كما لا يثبت الزنا ولنا أن الاحصان شرط والحكم يضاف الى العلة وهو الزنا لا الى الشرط ولو رجعوا لا يضمنون وقالا يضمنون نصف الدية لان الحجة قامت بهم وبشهود الزنا و يستفسر القاضي شهود الاحصان ما هو وكيف هو فان ذكرا الشرائط وقالا دخل بها كفى ذلك خلافا لمحمد قال الدخول قد يكون للزنا وقد يكون للوطء فلا يقبل للاحتمال ولهما أن الدخول بها لا يستعمل الا في الوطء أما في غيره فيقال دخل عليها وفي جامع الرازي لا يشترط قيام النكاح لبقاء الاحصان اه (قوله بخلاف العلم والشرف) هذا متصل بقوله هذه الاشياء من أعظم النعم اه (قوله في المتن ولا يجمع بين جلد ورجم) وهو قول مالك والشافعي و رواية عن أحمد وذهب في رواية أخرى عنه وأهل الظاهر الى أنه يجمع اه فتح

لا يشترط الاحصان عند الدخول والحجة عليه ما بيناه وقوله عليه الصلاة والسلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وهذه الاشياء من أعظم النعم وكلها زواجر عن الزنا والجناية عند توفر النعمة ووجود المانع أغلظ وأقبح فيناط بها نهاية العقوبة ولهذا هدد الله تعالى نساء النبي بضعف ما هدد به غيرهن وعاتب الانبياء عليهم السلام بزلات لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم بخلاف العلم والشرف لان الشرع لم يرد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع وزوال الاحصان بعد ثبوته بالجنون والعته يعود محصنا اذا أفاق وعند أبي يوسف لا يعود حتى يدخل بالمرأة بعد الافاقة قال رحمه الله (ولا يجمع بين جلد ورجم) يعني في المحصن (و) لا بين (جلد ونفي) يعني في البكر أما الاول فلأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بينهما على المحصن وعند أصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم رواه الجماعة الا البخاري والنسائي وعنه عليه الصلاة والسلام جمع بينهما في رجل وعن الشعبي أن عليا حين رجم المرأة جلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري وأحمد ولنا أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا في المرأة التي زنى بها العسيف بل رجمهم من غير جلد ولو كان الجمع حدا لما تركه ولانه لا فائدة في الجلد مع الرجم لان الحد شرع زاجرا أو زجرا بالجلد لا يتأتى معه هلاكه وزجر غيره يحصل بالرجم لكونه أبلغ العقوبات فاذا عري عن الفائدة فلا يشرع ولهذا لو تكرر من شخص ما يوجب الحد يكتفى بحد واحد لعدم الفائدة في الباقي لان المقصود وهو زجره و زجر غيره يحصل بالاول وما رووه معناه الثيب بالثيب جلد مائة أو الرجم لان الواو تجيء بمعنى أو قال الله تعالى جاعل الملائكة رسلا أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع أي أولي أجنحة مثنى أو ثلاث أو رباع فيكون معنى الحديث الثيب بالثيب الرجم ان كانا محصنين أو جلد مائة ان لم يكونا محصنين وهذا معنى مستقيم لا اشكال فيه فان كل ثيب لا يرجم فيكون تنبيها منه عليه الصلاة والسلام على الحكمين في الثيب على أن هذا الحديث منسوخ على ما نبين وجه نسخه من قريب ان شاء الله تعالى وأما الذي جمع فيه عليه الصلاة والسلام بينهما فانما جلده أول مرة ظنا منه أنه غير محصن ثم لما عرف أنه محصن رجمه فان جابرا قال ان رجلا زنى بامرأة فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلد الحد ثم أخبر أنه محصن فأمر به فرجم رواه أبو داود وفعل علي رضي الله عنه محمول على ذلك وتأخيره الرجم الى يوم الجمعة دليل عليه لان تأخير الحد بعد وجوبه لا يجوز وعرف أحد الحدين بكتاب الله تعالى والآخر بالسنة فلهذا قال جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا لان الجمع مشروع في واحد وأما الثاني وهو عدم الجمع بين الجلد والنفي في البكر فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة وقال عليه الصلاة والسلام في العسيف عليه جلد مائة وتغريب

عام والخلفاء الراشدون كانوا يضربون ويغربون ولان الزنا ينشأ من المصاحبة والمؤانسة فيفرق ويغرب حسما للمادة ألا ترى أن السارق لما كان تمكنه من السرقة بالمشي والبطش صار حسمه قطع آلة المشي والبطش حسما للمادة ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب نظرا الى الجواب بالفاء لان الفاء للجزاء والجزاء ما يكون كفاية لانه من جزأ بالهمز أى كفى والى كونه كل المذكور فيكون كل الموجب اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو وجب التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا وهو لا يجوز الا بمثله ولان فى التغريب تعريضا لها على الزنا لانها اذا تباعدت عن العشائر والاقارب ارتفع الحياء واذا نزلت فى الرباطات أو الخانات أحوجها انقطاع مواد المعاش الى اتخاذ الزنا مكسبة لارتفاع الاستحياء من المعارف وهو أقبح وجوه الزنا لانه يقع جهرا لكونه ناشئا عن وقاحة ومع العشائر ان وقع يقع خفية ومكتوما لكونه ناشئا عن استحياء ولهذا قال على رضى الله عنه كفى بالنفى فتنة وعمر رضى الله عنه نفى شخصا فارتد ولحق بدار الحرب فحلف أن لا ينفى بعده أبدا وبهذا يعرف أن نفيهم كان بطريق السياسة والتعزير لا بطريق الحد لان مثل عمر رضى الله عنه لا يحلف أن لا يقيم الحد وعندنا يجوز أن يفعله ان رأى فيه مصلحة ولا يختص ذلك بالزنا ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام نفى المخنث وعمر رضى الله عنه نفى نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفى ولكن فعل ذلك لمصلحة رآها فان الغلام قال له ما ذنبى يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لى حيث لا أطهر دار الهجرة منك فنفاه والتحق بالروم فحلف أن لا ينفى أحدا بعد هذا ولان نفى المرأة لا يمكن شرعا لان سفرها بغير محرم حرام ولا ذنب للمحرم حتى ينفى معها ولا يمكن القياس على المهاجرة من دار الحرب لانها لا تقصد سفرا وانما تطلب الخلاص حتى لو وصلت الى جيش المسلمين ولهم منعة لا يجوز لها أن تخرج من عندهم وتسافر وكذا فى الامة حق المولى فى الخدمة مقدم على حق الشرع فلا يمكن أن يفصل بينها وبين مولاها وكذا العبد وما رواه منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة والرجم فانه لا يجمع بين الجلد والرجم على المحصن بالاجماع وبيان نسخه أن حد الزنا كان فى الابتداء الايذاء باللسان كما قال الله تعالى فآذوهما ثم نسخ بالحبس فى البيوت بقوله تعالى فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ثم نسخ الحبس فى البيوت بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فكان هذا قبل نزول سورة النور بدليل قوله عليه الصلاة والسلام خذوا عنى ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله ثم نسخ بقوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فكان الجلد حد كل زان ثم نسخ فى حق المحصن بالرجم فبقى فى حق غير المحصن معمولا به فاستقر الحكم على الجلد فقط فى غير المحصن وعلى الرجم فقط فى حق المحصن قال رحمه الله (ولو غرب بما يرى صح) أى لو غرب الامام الجانى بما يرى من التغريب جاز لما ذكرنا وقال فى النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر

ومن يك أمسى بالمدينة رحله * فانى وقيار بها لغريب

أى لمحبوس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر لانه بالنفى يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا فى ابتداء الاسلام دون النفى وجعل النفى المذكور فى قطاع الطريق عليه قال رحمه الله (والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ) أى اذا زنى المريض وكان محصنا يرجم لان الرجم متلف فلا يمتنع بسبب المرض وان كان غير محصن لا يجلد حتى يبرأ كيلا يفضى الى التلف والجلد شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا يقام الحد فى شدة الحر ولا فى شدة البرد وان كان الزانى ضعيف الخلقة بحيث لا يرجى برؤه يخاف عليه الهلاك لو ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله لما روى أن رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال عليه الصلاة والسلام اضربوه

(قوله فيكون كل الموجب) أى لان الحكيم مهما شرع فى بيان حكم حادثة لم يقتصر على بيان بعض الحكم اه (قوله وعمر نفى شخصا) أى وهو نصر بن حجاج اه (قوله وبيان نسخه أن حد) لفظة حد ليست فى خط الشارح ولا بد من مراعاته اه

حدّه فقالوا يارسول الله انه ضعيف مما تحسب ولو ضربناه مائة قتلناه فقال عليه السلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة قال ففعلوا رواه أحمد وابن ماجه وفيما رواه أبو داود لو حملناه اليك لتفسخت عظامه وما هو الاجلد على عظم قال رحمه الله (والحامل لاتحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد) أى لو كانت الزانية حاملا لاتحد حتى تلد لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الآدمى وان كان من الزنا لعدم الجناية منه وقد روى أن امرأة من غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت طهرنى فقال ويحك ارجعى واستغفرى الله تعالى وتوبى اليه فقالت أراك تريد أن ترددنى كما رددت ماعز بن مالك فقال وماذاك قالت انها حبلى من الزنا قال أنت قالت نعم فقال لها حتى تضعى ما فى بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال وضعت الغامدية فقال اذا لانرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الىّ رضاعه قال فرجمها رواه مسلم والدارقطنى وقال هذا حديث صحيح وتحبس حتى تلد ان ثبت زناها بالشهادة وان كانت مقرة لاتحبس ولو كان حدها الجلد لم تجلد حتى تخرج من نفاسها لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال ان أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرنى أن أجلدها فأتيتها فاذا هى حديثة عهد بنفاس فخشيت ان أجلدها أن أقتلها فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت اتركها حتى تماثل رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذى وصححه ولان النفاس نوع مرض فينتظر البرء على ما بيناه بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبى حنيفة رحمه الله أن الرجم يؤخر الى أن يستغنى ولدها عنها اذا لم يكن له أحد يقوم بتربيته لما روى عن عبد الله بن بريدة قال جاءت الغامدية فقالت يارسول الله انى قد زنيت فطهرنى وانه ردها فلما كان الغد قالت يارسول الله لم ترددنى لعلك ترددنى كما رددت ماعزا فوالله انى لحبلى قال إما لا فاذهبى حتى تلدى فلما ولدت أتته بالصبى فى خرقة قالت هذا قد ولدته قال اذهبى فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبى وفى يده كسرة خبز فقالت هذا يانبىّ الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبى الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها وأمر الناس فرجموها فتنفل خالد بحجر فرمى رأسها فتنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبىّ صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ثم أمر بها وصلى عليها ودفنت رواه مسلم وأحمد وأبو داود والتوفيق بين الحديثين أنه يحتمل أن تكون امرأتان من غامد فأخر رجم احداهما الى أن يفطم ولدها دون الاخرى ويحتمل أن تكون احداهما من غامد والاخرى من قبيلة أخرى فغلط الراوى فى الرواية والله أعلم

﴿ باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه ﴾

الوطء الموجب للحد هو الزنا وهو عند أهل اللغة والشرع وطء الرجل المكلف فى قبل المشتهاة فى غير الملك وشبهته عن طوع وقد بيناه فى أول الكتاب وانما شرط ذلك لوجوب الحد لان الزنا فعل حرام والحرمة على الاطلاق تثبت عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة رواه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها وذكر أنه قد روى موقوفا وان الوقف أصح وعندنا لايضر ذلك اذا صح الرفع لاسيما فيما لايدرك بالرأى فان الموقوف فيه محمول على السماع لانهم كانوا يرفعونه تارة ويفتون به أخرى وقال عليه الصلاة والسلام ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا ثم الشبهة ثلاثة أنواع شبهة فى الفعل وشبهة فى المحل وشبهة فى العقد على ما يجئ بيانه فالاول يسمى شبهة

(قوله عثكالا) العثكال والعثكول عنقود النخل والشمراخ شعبة منه من خط الشارح اه (قوله فى المتن والحامل لاتحد حتى تلد) قال الحاكم الشهيد فى الكافى فان ادعت أنها حبلى أراها القاضى النساء فان قلن (١٧٥) هى حبلى حبسها الى سنتين ثم يرجمها واذا شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر اليها النساء فقلن هى كذلك درئ عنها الحد ولا حد على الشهود أيضا وكذلك المجبوب ولا حد على قاذفه ويقبل فى الرتقاء والعذراء والاشياء التى يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة قال فى الفتوى الولوالجى والمثنى أحوط اه اتقانى (قوله فقال) لفظ فقال مشطوب عليه فى خط الشارح اه يراجع الحديث (قوله تماثل) هكذا هو بخط الشارح اه

﴿ باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه ﴾

(قوله ثم الشبهة ثلاثة أنواع الخ) قال الاتقانى والشبهة على نوعين شبهة اشتباه وهو أن يشتبه عليه الحال بان يظن أنها تحل له وهذه الشبهة تسمى شبهة فى الفعل والنوع الثانى شبهة فى المحل وهى أن تكون الشبهة ناشئة فى المحل بان يكون فى المحل شبهة الملك أعنى شبهة ملك الرقبة أو ملك البضع وهذه الشبهة تسمى شبهة حكمية باعتبار أن المحل أعطى له حكم الملك فى اسقاط الحد وان لم يكن الملك ثابتا حقيقة ثم كل واحدة من الشبهتين يسقط بها الحد لاطلاق الحديث المذكور الا أن فى كل موضع تثبت فيه شبهة الاشتباه اذا قال علمت أنها علىّ حرام وجب الحد لارتفاع الشبهة بارتفاع الاشتباه وفى شبهة المحل لايجب الحد وان قال علمت أنها علىّ حرام لقيام الشبهة بقيام المحل اه وقال الكمال وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أى شبهة

في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل ثم قال الكمال عند قوله في الهداية ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر أثر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاثة شبهة في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في العقد وكذا قسمها في المحيط اه (قوله فيتحقق في حق من اشتبه عليه) أي من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه ثابتا لم تكن شبهة أصلا اه فتح (قوله فيثبت مطلقا) أي سواء ظن الحل أو علم الحرمة اه (قوله في المتن كوطء أمة ولده) أي ولا يحد قاذفه كما يأتي في حد القذف اه (قوله وولد ولده) أي وان كان ولده حيا اه فتح (قوله وكذا أمة ولد الولد) قال الاتقاني ويثبت النسب اذا ادعى الاب ذلك لانه ملكها بالقيمة ولا عقر عليه لان الاب لما ملكها بجميع العقر سقط لانه ضمان الجزء وقد مر تحقيق ذلك في نكاح الرقيق أما الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب حيا كذا ذكر الفقيه أبو الليث (١٧٦) في شرح الجامع الصغير وذلك لان الجد يكون محجوبا بالاب فلم يثبت النسب لعدم تأويل الملك في الحال وانما لم يحد لان القرابة التي يتأول بها الملك في ثاني الحال ثابتة في الحال أعني قرابة الولاد فتمكنت الشبهة فدرئ الحد بها وكذا كل موضع كان سقوط الحد فيه لشبهة في المحل ولا فرق فيه بين أن يعلم الحرمة أو لا يعلم لقيام الشبهة في الحالين كالجارية المبيعة قبل القبض لان ملك المشتري لم يستقر فيها قبل القبض ولهذا اذا هلكت ينفسخ البيع اه قال الكمال رحمه الله وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابي الليث رحمه الله اذا زنى بجارية نافلته والاب في الاحياء وقال ظننت أنها علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وأنه سقط عنه فصارت لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبي الليث صرح في الجامع الصغير أنه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافي وفي المبسوط أن من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذب الولد لان صحة الاستيلاد تبتني على ولاية نقل الجارية وليس للجد ولاية ذلك في حياة الاب ولكن ان أقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شيء عليه من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا أن العلوق كان في حياة الاب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعده بستة أشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن أو كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد اه (قوله فيها اختلاف الصحابة) يعني هل الكنايات بوائن أو رواجع اه (قوله منها الجارية المبيعة في حق البائع) أي اذا وطئها البائع قبل تسليمها الى المشتري اه (قوله وكذا اذا كانت بشرط الخيار) أي للمشتري اه فتح (قوله ومنها الجارية الممهورة) أي المجعولة مهرا اذا وطئها زوجها قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيها لم يستقر للزوجة اه (قوله ومنها الجارية المشتركة بينه) أي بين الواطئ اه (قوله في رواية كتاب الرهن) وهذه الرواية غير مختارة كما سيجيء قريبا اه (قوله وقد انعقد له سبب الملك في الحال) أي فيصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت

اشتباه وهو أن يظن غير الدليل دليلا فيتحقق في حق من اشتبه عليه فقط لان المحل خال عن الملك والحق فكان زنا حقيقة غير أنه سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه وان ادعاه والنوع الآخر الشبهة في كل واحد منهما حكمية فيثبت مطلقا لان الشبهة فيه لدليل قائم به يقتضي الحل وانما امتنع من افادته لمانع على ما يجيء في تفاصيله قال رحمه الله (لاحد بشبهة المحل وان ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات) أي لا يجب الحد لاجل شبهة وجدت في المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة يثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا لان الدليل المثبت للحل قائم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فأورث شبهة فلهذا سمي هذا النوع شبهة في المحل لانها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل بيانه أن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك يقتضي الملك لان اللام فيه للملك وكذا أمة ولد الولد والمعتدة التي طلقها بالكنايات فيها اختلاف الصحابة فذهب عمر رضي الله عنه أنها رجعية فأورث شبهة وان كان المختار قول علي رضي الله عنه ولهذه المسائل أخوات منها الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لانها في ضمانه ويده وتعود الى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة وكذا في البيع الفاسد قبل القبض وبعده لانه ثبت له حق الملك فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه ومنها الجارية الممهورة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة ومنها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه في البعض ثابت حقيقة فتكون الشبهة فيها أظهر ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لان استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال

فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع قال رحمه الله (ولشبهة الفعل ان ظن حله كمعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده) أى يسقط الحد لاجل الشبهة فى الفعل ان ظن أن وطأها حلال له ويسمى هذا النوع من الشبهة شبهة فى الفعل لان الملك والحق غير ثابت فى هؤلاء اللاتى ذكرهن لان حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع بها فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقى فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه لذلك فأورث شبهة ان ظن حله لانه فى موضع الاشتباه فيعذر ولا فرق فى ذلك بين أن يوقع الثلاث جملة أو متفرقا ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لكونه مخالفا القطعى وكذا الاملاك متباينة بينه وبين أبويه وكذا بينه وبين زوجته فلا ملك له ولا حق فى مالهم وكذا العبد فى مال مولاه غير أن البسوطة تجرى بينهم فى الانتفاع بالاموال والرضا بذلك عادة وهى تجوز الانتفاع عماله شرعا فاذا ظن الوطء من هذا القبيل حلالا يعذر لان وطء الجوارى من قبيل الاستخدام فيشتبه عليه الحال والاشتباه فى محله معذور فيه ولهذه المسائل أيضا أخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا ومنها أم الولد اذا أعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالاجماع وتثبت الشبهة عند الاشتباه لبقاء أثر الفراش وهى العدة ومنها الجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود وهو المختار لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطء حاصلا فى محل الاستيفاء وهذا لان الرهن لا يفيد ملك العين حقيقة ولهذا لو مات العبد المرهون يكون كفنه على الراهن على ما عرف فى موضعه والوطء يصادف العين ولئن أفاد ملك العين لا يتصور أن يفيد ملك المتعة بحال لانه يصير مستوفيا لها بعد الهلاك وفى ذلك الوقت لا يتصور ملك المتعة فيها فصارت كالجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت فى حق الغريم بخلاف المشتراة بشرط الخيار للبائع لان الملك فيها يثبت حقيقة فى حال قيامها عند نفوذ البيع وذلك سبب لملك المتعة فان قيل فعلى هذا وجب أن يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه أو لم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت فى حق الغريم قلنا الاستيفاء سبب لملك المال فى الجملة وملك المال سبب لملك المتعة فى الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستأجرة وجارية الميت لان الاجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفى حقه من الثمن ولو ملك العين أو تعلق حقه بها لما جاز بيعها الا باذنه كالرهن ثم كما يسقط الحد عنهما بدعوى الفحل يسقط عنهما بدعوى الجارية وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يسقط عنه لانها تبع

الرهن اه فتح قال الكمال رحمه الله وقد دخل فى سبب الملك صور مثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض فى البيع الفاسد والتى فيها الخيار وينبغى أن يزاد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستقراء يفيدك غير ذلك أيضا كالزوجة التى حرمت بردتها أو مطاوعتها الابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه اه وقد عدها الكمال رحمه الله ستة أيضا تبعا للشارحين فقال قبل ما نقلته عنه آنفا والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة والمجعولة مهرا والمشتركة والمرهونة اذا وطئها المرتهن فى رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام لان المانع هو الشبهة وهى هنا قائمة فى نفس الحكم أى الحرمة القائمة بها فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من نحو قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ونحوه فلا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها اه مع حذف (قوله فى المتن ولشبهة الفعل ان ظن حله) قال الكمال رحمه الله فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جارية جده وجدته وان عليا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا فى العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فانها من الحكمية أو أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة اه وقد ذكر فى الكنز من هذه الثمانية خمسة وذكر الشارح الثلاثة الباقية والله الموفق (قوله لانه فى موضع الاشتباه فيعذر) بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لى أو جارية أجنبية على ما يأتى لانه فى غير موضعه اه فتح (قوله بخلاف من أنكر وقوع الجملة) أى فان الزيدية يقولون اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية يقولون انه لا يقع شئ أصلا اه اتقانى (قوله وكذا بينه وبين زوجته) قال فى أمالى الحسن قال أبو حنيفة اذا زنى بجارية امرأته وقال انها لى حلال عليه العقر ولا حد عليه ولا يثبت نسب الولد ان جاءت به صدقته المرأة أو لم تصدقه ولو قال علمت أنها على حرام لا عقر عليه وعليه الحد ولا يثبت النسب اه (قوله وهو المختار) قال الكمال وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن ففى هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها حرام وجب الحد ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا لعلمهما الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت فى الفعل من أحد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة اه (قوله يسقط عنهما بدعوى الجارية الحل) اى لا يحد الواطئ وان لم يدع الاشتباه اذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاى أو مولاتى أو ابن مولاى أو مولاتى أو زوج سيدتى يحل لى لان دعوى الاشتباه يسقط عنها الحد فاذا سقط عنها سقط عنه لان الفعل واحد اه اتقانى

رحمه الله قال الكمال واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها ولو جاءت بجارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة أنه ولده اه وكتب ما نصه الحل ليس في خط الشارح اه (قوله كالبالغ اذا زنى بصبية) أي يجب عليه الحد ولا يجب عليها مع أن الفعل واحد لان عدم الوجوب عليها لا للشبهة بل للحد اه (قوله باعتبار عدم الاهلية) أي العقوبات لكونها مرفوعة القلم فلم يؤثر ذلك في اسقاط الحد عنه لعدم الشبهة اه (قوله في المتن والنسب يثبت في الاولى فقط) سيأتي ما يخالفه فيمن زفت اليه غير امرأته وقيل هي امرأته وقيل هي زوجتك فانه اذا وطئها لا يجب الحد ويثبت النسب مع أنها شبهة في الفعل اه (قوله يثبت النسب ان ادعاه في الشبهة الاولى) أي وذلك لان الفعل لما لم يكن زنا للشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالدعوة لان النسب مما يحتاط في اثباته اه اتقاني (قوله وفي النوع الاول وجد أحدهما) أي وهو الحق اه رازي (قوله فلم يتمحض) أي لم يخلص اه (قوله وانما اسقط الحد لمعنى راجع اليه) أي الى الواطئ لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا اه كمال رحمه الله (قوله وان ظن أنها تحل له) وذلك لانه لا شبهة هنا لا في الملك ولا في الفعل لعدم الانبساط فلا يعتبر الظن اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكمال ومعنى هذا أنه علم ان الزنا حرام لكنه ظن ان وطأه هذا ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما ينقيه مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والملل لا يختلف في هذه فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل قال الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام اه (قوله سوى الولاد) أي كالخال والخالة اه (قوله وان قال ظننت أنها امرأتي) وقال الشافعي لا حد عليه للاشتباه وهو قول زفر أيضا اه اتقاني قال في الهداية ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد قال الكمال خلافا للائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة هنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كالوظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فانه يحد اه (قوله فلانة يحد) أي لانه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس الى أنها هي اه فتح

فسقوطه عن التبع لا يوجب السقوط عن الاصل كالبالغ اذا زنى بصبية والظاهر الاول لان سقوط الحد عن الجارية باعتبار الشبهة فيتعدى اليه لان الفعل واحد بخلاف الصبية لان عدم الوجوب عليها باعتبار عدم الاهلية فلا يمكن تعديته اليه فاقتصر عليها قال رحمه الله (والنسب يثبت في الاولى فقط) أي يثبت النسب ان ادعاه في الشبهة الاولى وهي الشبهة في المحل ولا يثبت في النوع الثاني وهو الشبهة في الفعل وان ادعاه لان النسب يعتمد قيام الملك أو الحق في المحل لانه لا يثبت بدون الفراش والفراش أو شبهته توجد باحدهما وفي النوع الاول وجد أحدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق في الثاني فتمحض زنا وانما سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه والمحل خال عن الملك وعن الحق ولهذا يجب عليه الحد اذا لم يدع الاشتباه بخلاف النوع الاول على ما بينا قال رحمه الله (وحد بوطء أمة أخيه وعمه وان ظن حله وامرأة وجدت في فراشه) يعني وان ظن أنها تحل له لانه لا بسوطة في مال هؤلاء عادة فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا في سائر المحارم سوى الولاد بخلاف السرقة منهم حيث لا تقطع يداه لان حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز في حقه لان المحارم بعضهم يدخل على بعض بغير استئذان ولا حشمة لوجود الاذن بالدخول عادة فيدرأ به الحد وأما هنا يجب الحد بالزنا وقد وجد ويدرأ بالحل أو شبهته ولم يوجد ويتبين لك هذا المعنى في الضيف فانه اذا سرق من المضيف لا تقطع يده وان زنى بجاريته أو في بيته بل في بيت نفسه يحد لما قلنا وهو المراد بقوله وامرأة وجدت في فراشه أي يحد بوطء امرأة أجنبية وجدت في فراشه وان قال ظننت أنها امرأتي لانه بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته وقد ينام في فراشها غيرها من المحارم والمعارف والجيران فلم يستند الظن الى دليل فلا يعتبر وكذا اذا كان أعمى لان امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة يعرفها بالجس والنفس والرائحة والصوت فلا يعذر بترك التفحص عنها الا اذا دعاها فأجابته أجنبية فقالت أنا امرأتك فوطئها فانه لا حد عليه لان ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاخبار وكذا لو قالت أنا فلانة باسم امرأته فواقعها لا يحد لما قلنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه منه لما ذكر من قريب في المزفوفة وان أجابته ولم تقل أنا امرأتك ولا أنا فلانة يحد لعدم ما يوجب السقوط ولو أكرهها يجب عليه الحد دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا للشافعي وهو نظير الاختلاف في ضمان المسروق مع القطع

(قوله فى المتن لا باجنبية) انظر ما تقدم باسطر وهو قوله الا اذا ادعاها الخ فانه من شبهة الفعل مع أنه يثبت فيه النسب كما فى المزفوفة وان كان النسب لا يثبت فى شبهة الفعل اه (قوله فى المتن زفت) ومعنى قوله زفت أى بعثت وهو من باب فعل يفعل بفتح العين فى الماضى وضمها فى المضارع اه اتقانى (قوله لانه اعتمد دليلا شرعيا الخ) قال الاتقانى أما عدم وجوب الحد فلان الموضع موضع الاشتباه بيانه ان الانسان لا يميز بين امرأته وغيرها فى أول الوهلة الا بالاخبار وخبر الواحد مقبول فى أمور الدين والمعاملات ولهذا اذا جاءت الجارية وقالت بعثنى مولاى اليك هدية يحل وطؤها اعتمادا على قولها فلما كان الموضع موضع اشتباه تحققت الشبهة فسقط الحد اه (قوله وان كانت شبهة اشتباه) قال الكمال رحمه الله ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه أنها شبهة دليل فان قول النساء هى زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول فى المعاملات ولهذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاى أرسلنى اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح فى الواقع أوجب الشبهة التى يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة اه قوله عند طائفة أى فى غير ظاهر الرواية اه (قوله ولا يحد قاذفه) أى لا يحد قاذف الذى زفت اليه غير امرأته فوطئها فى ظاهر الرواية اه اتقانى قال فى الهداية فلا يحد قاذفه الا فى رواية عن أبى يوسف قال الكمال فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لانه وطئها على انه نكاح صحيح معتمدا دليلا واذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا أجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقى الظاهر معتبرا فى ايراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان فى شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما على لعلى بكذب النساء لم يحد ولا يحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر فى شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعنى عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهور عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين اه (قوله وعن أبى يوسف) أى فى غير ظاهر الرواية اه (قوله فى المتن وبمحرم نكحها) قال فى الهداية ومن تزوج امرأة لا يحل نكاحها قال الكمال بان كانت من ذوات محارمه بنسب كامه وابنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبى حنيفة وسفيان الثورى وزفر وان قال علمت أنها على حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هى أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك وان لم يكن عالما لا حد عليه ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعى أى أبو يوسف ومحمد وكذا مالك وأحمد يجب حده اذا كان عالما بذلك وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهرية متفق عليه وأما غير ذلك ففى الكافى لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا كالنكاح بلا ولى وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفى عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التأبيد وفى بعض الشروح أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومعتدة الغير ومنكوحة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة فى عدتها

قال رحمه الله (لا بأجنبية زفت وقيل هى زوجتك) أى لا يجب الحد بوطء أجنبية زفت اليه وقيل له هى زوجتك فيما اذا تزوج امرأة ولم يدخل بها بعد لانه اعتمد دليلا شرعيا فى موضع الاشتباه وهو الاخبار فيطلق له العمل اذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها فى أول الوهلة ولا دليل يقف عليه سوى هذا ولهذا قلنا يثبت نسبه وان كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لان الشارع جعل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا لضرر الغرور وعنه فى الامة التى اشتراها ثم استحقت بعدما وطئها واستولدها ولا يحد قاذفه لانه وطء حرام فى غير الملك فيسقط به احصانه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يسقط احصانه لان هذا الوطء حلال له ظاهرا والحكم يبنى على الظاهر قلنا ليس له فيها ملك ولا شبهته فكان زنا حقيقة فيبطل به احصانه واستناده الى دليل شرعى لا يمنع من ذلك كمن وطئ جارية ابنه فانه يسقط احصانه بذلك علقت أو لم تعلق ادعاه أو لم يدع قال رحمه الله (وعليه مهر) لان عليا رضى الله عنه قضى بذلك ولان الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن الحد أو المهر وقد سقط الحد عنه فتعين المهر وهو مهر المثل ولهذا قلنا فى كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب المهر لما ذكرنا الا فى وطء جارية الابن وعلقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا فى النكاح أو فى وطء البائع المبيعة قبل التسليم ذكرها فى الزيادات وينبغى أن لا يجب بوطء جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب ثم سقط فيستقيم على ما اختلفوا فى تزوج المولى عبده بجاريته ويكون المهر للموطوءة بذلك قضى على رضى الله عنه وكان عمر رضى الله عنه يجعله فى بيت المال كأنه جعله حق الشرع لما أن الحد حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول على رضى الله عنه لان الوطء كالجناية عليها وأرش الجنايات للمجنى عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لان الحد ساقط عنها قال رحمه الله (وبمحرم نكحها) أى لا يجب الحد بوطء محرم تزوجها وهذا هو الشبهة فى العقد سواء كان عالما بالحرمة أو لم يكن عالما بها عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن ان كان

عالما يوجع بالضرب تعزيراله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله ان كان عالما يحد في كل امرأة محرمة عليه على التأبيد أو ذات زوج لان حرمتهن ثبتت بدليل قطعي واضافة العقد اليهن كاضافته الى الذكور لكونه صادف غير المحل فيلغو لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهو الحل هنا وهي من المحرمات فيكون وطؤها زنا حقيقة لعدم الملك فيها والحق واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الى قوله انه كان فاحشة والفاحشة هي الزنا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الآية ومجرد اضافة العقد الى غير المحل لا عبرة به ألا ترى أن البيع الوارد على الميتة والدم غير معتبر شرعا حتى لا يفيد شيأ من أحكام البيع غير أنه اذا لم يكن عالما يعذر بالاشتباه ولابي حنيفة رحمه الله أن الانثى من أولاد آدم محل لهذا العقد لان محل العقد ما يكون قابلا لمقصوده الاصلي وكل أنثى من أولاد آدم قابل لحكم النكاح وهو التوالد والتناسل واذا كانت قابلة لمقصوده كانت قابلة لحكمه اذ الحكم يثبت ذريعة الى المقصود فكان ينبغي أن ينعقد في جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة الحل حقيقة لمكان الحرمة الثابتة فيهن بالنص فيورث شبهة اذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة بنفسها ألا ترى أن الخمر ليست بمال عندنا ولا هي محل للعقد ومع هذا لو اشترى بها شيأ اعتبرت مالا في حق انعقاد العقد حتى يملك ما يقابلها لكونها مالا عند أهل الذمة والانثى من أولاد آدم محل العقد في حق غيره من المسلمين فكانت أولى بايراث الشبهة وكونها محرمة على التأبيد لا ينافي الشبهة ألا ترى أنه لو وطئ أمته وهي أخته من الرضاع عالما بالحرمة لا يجب عليه الحد والنكاح في افادة ملك المتعة أقوى من ملك اليمين لانه شرع له بخلاف ملك اليمين فكان أولى في افادة الشبهة لان الشبهة تشبه الحقيقة فما كان أقوى في اثبات الحقيقة كان أقوى في اثبات الشبهة واستدلالهم بالفاحشة على أنه زنا غير صحيح لان الفاحشة اسم للمحرم قال الله تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقال تعالى والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش الا اللمم فلا يكون اسم الفاحشة مختصا بالزنا ولو كان مختصا به فليس فيه دلالة على ما قالوا الا ان النكاح حقيقة للوطء فيحمل عليه النكاح المذكور في الآية لا على العقد لان العقد ليس بزنا اتفاقا ولا على الوطء بعد العقد لان اللفظ لا يدل عليه اذ النكاح لم يذكر الا مرة فيتناول أحدهما على البدل دون الجمع بينهما لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز والدليل على انه ليس بزنا ان أهل الذمة يقرون عليه وكان مشروعا في دين من قبلنا والذمي لا يقر على الزنا ولم يشرع الزنا في دين من الاديان قط فاذا لم يجب الحد عنده لما ذكرنا يبالغ في تعزيره ان كان عالما بذلك لانه ارتكب محظورا فيه فساد العالم ومن الشبهة في العقد وطء المتزوجة بغير شهود أو بغير اذن المولى أو وطء أمة تزوجها على حرة أو تزوج خمسا في عقدة فوطئهن أو وطئ مجوسية أو مشركة تزوجها أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما أو الاخيرة لو كان متعاقبا في جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيفما كان قال رحمه الله (وبأجنبية في غير القبل وبلواطة) أي لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية في غير قبلها ولا باللواطة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو كالزنا فيحد حد الزنا فيرجم ان كان محصنا

والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد أو الامة بلا اذن الولي والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند أبي حنيفة وان قال علمت انها على حرام وعندهما يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحد وأضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي أنه لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لانها ليست محرمة على التأبيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما أن حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذي يعتمد على نقلهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذوات المحارم ولا يحد في غير ذلك قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خصص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك والا على ما عرف في الروايات اه (قوله والذين) الواو ثابتة في خط الشارح والتلاوة بدونها في هذه الآية اه (قوله في المتن وبأجنبية في غير قبل) أراد به التفخيذ والتبطين ونحو ذلك وليس المراد ما يعم الدبر لان بيانه يعلم من قوله وبلواطة اه (قوله وبلواطة) اعلم أن الرجل اذا أتى المرأة في الموضع المكروه أي في الدبر أو عمل مع الغلام عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة اه اتقاني (قوله لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية في غير قبلها) أي بل يعزر وقال الكمال لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله ما اذا أتت امرأة امرأة أخرى فانهما يعزران لما ذلك اه (قوله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي هو كالزنا) قال الكمال وهذه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه

والا يحد لما روى عن على رضى الله عنه ولانه فى معنى الزنا لان فيه قضاء الشهوة بسفح الماء فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما كالزنا فى القبل بل فوقه لانه فى الزنا يتوهم منه حدوث ولد يعبد ربه ولا يتوهم فى عمل قوم لوط فكان فوقه فى تضييع الماء فكان أدعى الى الزاجر ولا خفاء فى كونه مشتهى لان المحل انما يشتهى باللين والحرارة والدبر فى هذا المعنى كالقبل ولهذا يرغب فيه العقلاء كما يرغبون فى القبل ويكثر وقوعه كالزنا بل أكثر وأشد حرمة منه لانه فى الزنا يمكن ازالة الحرمة بالتزوج والشراء ولا يمكن فى عمل قوم لوط فكان أدعى الى الزاجر من هذا الوجه أيضا وقال الشافعى رحمه الله فى رواية عنه انهما يقتلان فقط سواء كانا محصنين أو لم يكونا لما روى عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وعن سعيد بن جبير ومجاهد عن ابن عباس فى البكر يوجد على اللواطة يرجم رواه أبو داود ولنا أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى موجبه مع علمهم بحكم الزنا فمن مذهب أبى بكر الصديق رضى الله عنه أن يحرقان بالنار ومذهب ابن عباس أن يعلى بهما أعلى مكان من القرية ثم يلقيا منكوسين لقوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل ومذهب ابن الزبير أن يحبسا فى أنتن المواضع حتى يموتا نتنا وكان على يقول حكمه حكم الزنا من الجلد والرجم وعن بعضهم يهدم عليهما جدار كل ذلك بالاجتهاد والحدود لا تثبت به ولا بخبر الواحد وكذا عند أهل اللغة لا يسمى هذا زنا وانما يسمونه لواطة قال الشاعر

من كف ذات حر فى زى ذى ذكر * لها محبان لوطى وزناء

وافراد كل واحد منهما بالاسم يدل على تغايرهما ولا يمكن الحاقه بالزنا بطريق الدلالة لان شرط الدلالة أن يكون مثلا له واللواطة ليست بمثل للزنا لان فى اللواطة قصورا دون الزنا ألا ترى أن الداعى فى الزنا من الجانبين ويؤدى الى اشتباه النسب وافساد الفراش واهلاك البشر باعتبار أنه يفضى الى ولد ليس له أب يقوم بتربيته وتثقيفه فيكون هالكا وليس شئ من هذه الاشياء بموجود فى اللواطة وهى أندر وقوعا لكون الداعى فيها من جانب واحد ولم يشابهها الا فى الحرمة وذلك لا يجوز الالحاق به ألا ترى أن البول مثل الخمر فى الحرمة ولا يلحق بها فى حق وجوب الحد على شاربه لقصور فيه فكذا هنا لاجل قصوره امتنع الالحاق به وسفح الماء ليس بمحظور ألا ترى أنه يجوز العزل فى المملوكة وكذا فى المنكوحة برضاها وما رواه الشافعى لا يصح لانه لو صح لظهرت المحاجة فى الصحابة وارتفع الخلاف بينهم ولئن صح فهو محمول على السياسة وهو جائز عندنا حتى لو رأى الامام فى قتل من اعتاده مصلحة جاز له قتله أو يحمل ذلك على المستحل ثم اذا لم يجب الحد عنده يوجع ضربا وزاد فى الجامع الصغير فقال ويودع فى السجن هذا اذا فعل فى الاجانب وأما اذا فعل فى عبده أو أمته أو منكوحته لا يجب الحد بالاجماع وانما يعزر لارتكابه المحظور قال رحمه الله (وبهيمة) أى لا يجب الحد بوطء بهيمة وقال الشافعى رحمه الله يجب لانه وجد سفح الماء فى محل مشتهى فيستدعى زاجرا قلنا ان وطء البهيمة لا يميل اليه الطبع فلا يستدعى زاجرا لوجود الانزجار بدون الحد والحامل عليه نهاية السفه وغلبة الشبق كما يكون بالكف ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع ولو كان مشتهى لوجب ستره كما فى القبل والدبر الا أنه يعزر لانه جناية ليس فيها حد مقدر فيعزر وما روى عن عمر أنه أتى برجل وقع فى بهيمة فعزر الرجل وأمر بالبهيمة فأحرقت كان لقطع التحدث به لانه ما دامت باقية يتحدث الناس به فيلحقه العار

حكم الزنا اه قوله قال الكمال أى فى قول صاحب الهداية وقالا هو كالزنا اه (قوله يحرقان) باثبات النون فى خط الشارح (قوله ثم يلقيا منكوسين) أى مع اتباع الاحجار اه فتح (قوله وعن بعضهم يهدم عليهما جدار) أى ولو كان زنا فى اللسان أو فى معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم فى موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على انه ليس من مسمى لفظ الزنا ولا معناه نعم قول من قال ان أهل اللغة فرقوا بينهما حيث قال قائلهم

من كف ذات حر فى زى ذى ذكر
لها محبان لوطى وزناء

غلط وذلك أنه ليس بعربى بل هو من شعر أبى نواس من قصيدته التى أولها

دع عنك لومى فان اللوم اغراء
وداونى بالتى كانت هى الداء

وهى قصيدة معروفة فى ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع انه ينبغى تطهير كتب الشريعة عن أمثاله اه فتح (قوله من اعتاده) أى فعل قوم لوط اه فتح (قوله جاز له قتله) قال الكمال ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس حكما له اه (قوله أو منكوحته) أى بنكاح صحيح أو فاسد اه فتح (قوله لا يجب الحد بالاجماع) نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعى فى عبده وأمته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة فى الجنة أى هل يجوز كونها فى الجنة قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من أحد من العالمين وسماها خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها اه (قوله لا يجب الحد بوطء بهيمة) أى وكذا اذا زنى بميتة اه فتح (قوله ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع) أى ستر فرج البهيمة اه

(قوله ثم اذا كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها الخ) قال الاتقاني وقال شمس الائمة السرخسي الاحراق جائز وليس بواجب فان كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل ولا تحرق بالنار على قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف تحرق بالنار (قوله في المتن وبزنا في دار حرب) قال في الهداية ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي

ثم خرج الينا فأقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد اهـ (قوله أو بغي) أي وأهل

بذلك لا لان الاحراق واجب ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق لما ذكرنا وان كانت مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تحرق هذه أيضا هذا ان كانت البهيمة للفاعل وان كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها اليه بقيمتها ثم تذبح هكذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا سماعا فيحمل عليه قال رحمه الله (وبزنا في دار حرب أو بغي) أي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب أو في دار البغي وقال الشافعي يجب لان المسلم ملتزم أحكام الاسلام حيث كان ومن حكمه وجوب الحد على الزاني ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولانه لم يجب لذاته وانما وجب لمقصوده وهو الانزجار والاستيفاء فان لم يمكن الاستيفاء فلا يجب لخلوه عن الفائدة ولا يتحقق الاستيفاء هنالك لانه ليس له ولاية على نفسه حتى يقيمه على نفسه ولا للامام عليهم ولاية حتى يقيمه هنالك فامتنع الوجوب لعدم الفائدة وهو الاستيفاء فاذا لم ينعقد موجبا من الابتداء فلا ينقلب موجبا بالخروج الينا ولو غزا الخليفة ودخل دار الحرب أو أمير مصر فله أن يقيم الحد على من زنى في معسكره لان العسكر تحت ولايته فيقيم الحد على من زنى منهم كما يقيم في دار الاسلام ولو زنى واحد منهم خارج المعسكر لا يقيم عليه الحد لما ذكرنا فصار كالمستأمن في دار الحرب اذا زنى هناك ولو دخلت سرية دار الحرب فزنى رجل منهم لم يحد وكذا أمير العسكر لا يقيم الحد والقصاص لان أمير العسكر أو السرية فوض اليهما تدبير الحرب لا اقامة الحدود ثم اذا خرج لا يقام عليه الحد لما ذكرنا من المعنى فان قيل هذا معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص منه مواضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس وأهل البغي التحقوا بأهل الحرب لعدم قدرة الامام عليهم قال رحمه الله (وبزنا حربي بذمية في حقه) أي لا يجب الحد بزنا رجل حربي مستأمن بذمية في حق الحربي المستأمن وأما الذمية فتحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا لو زنى بمسلمة تحد المسلمة دونه عنده وعند أبي يوسف يحد المستأمن أيضا وعند محمد لا يحد واحد منهما ولو كان بالعكس بأن زنى ذمي أو مسلم بمستأمنة يحد الذمي والمسلم دون المستأمنة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف تحد المستأمنة أيضا وأبو يوسف كان يقول بمثل قول محمد أولا ثم رجع عنه الى ما ذكرنا والاصل لابي يوسف أن الحدود كلها تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا الا حد الشرب كما تقام على الذمي والذمية لان المستأمن يعتقد حرمة الزنا لكونه حراما في كل الاديان وقدر الامام على اقامته عليه وقد التزم أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات والسياسات مدة مقامه في دارنا كالذمي التزمها مدة حياته ألا ترى انه يقام عليه حد القذف والقصاص ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما ان اشتراهما كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب لانه يعتقد حله فلا يقام الحد عليه كما لا يقام على الذمي لانا أمرنا بان نتركهم وما يعتقدون والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شيء من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبنى على الولاية والولاية تبنى على الالتزام اذ لو ألزمناه حكمنا بدون التزامه أدى الى تنفيره من دارنا وقد ندبنا الى معاملة تحمله على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم وهو بالامان التزم حقوق العباد لان دخوله لقضاء حاجته وهي تحصل بذلك فالتزم ان ينصفهم كما ينصف وان لا يؤذي أحدا كما لا يؤذى فيلزمه بالتزامه وأما حقوق الله تعالى فلا تلزمه لانه لم يلتزمها ألا ترى انه لم تضرب عليه الجزية ولم يمنع من رجوعه الى دار الحرب ومنع الكافر من أن يكون حربا علينا واجب علينا حقا لله تعالى فعلم بذلك أنه حربي على حاله ولهذا لا يقتل المسلم به ولا الذمي به ولم يظهر حكم الامان بالنسبة الى حقوق الله تعالى بخلاف الذمي فانه بالامان صار من أهل دار الاسلام فتجرى عليه أحكامهم

البغي طائفة من المسلمين يخرجون على الامام ولهم قوة وشوكة ومنعة ويخالفون بعض أحكام المسلمين بالتأويل ويظهرون على بلدة من البلاد اهـ اتقاني (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود الخ) قال الكمال لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله أعلم (قوله ولو دخلت سرية) أي وهم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا أربعمائة اهـ اتقاني (قوله فان قيل هذا) أي عدم وجوب الحد على من زنى في دار الحرب اهـ (قوله قلنا خص منه) يعني الصبيان والمجانين اهـ اتقاني (قوله يجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس) أي لانه بعد لحاق الخصوص لم يبق حجة قطعا ويقينا اهـ اتقاني (قوله والاصل عند أبي حنيفة) أي ومحمد اهـ اتقاني (قوله انه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شيء من الحدود) أي كحد الزنا والسرقة والشرب اهـ اتقاني (قوله الا حد القذف) أي فانه يجب عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجب عليه جميع الحدود الا حد الشرب والحاصل ان حد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق لانه يراه حلالا وحد القذف يجب بالاتفاق لان فيه حق العبد وحد الزنا والسرقة يجب عنده وعندهما لا اهـ اتقاني

(قوله وفعلها هنا لا يوجب الحد الخ) قال الاتقاني ثم ان محمدا رحمه الله فرق بين المسلم أو الذمي اذا زنى بحربية مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية اذا زنت بحربي حيث لا يجب الحد عليهما عنده جميعا لان الاصل في باب الزنا فعل الذكر والمرأة تابعة لكونها محلا فوجب من امتناع الحد على الاصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد على التبع امتناعه على الاصل اهـ (قوله تحد المرأة دونه عندهما) سيأتي قريبا نقلا عن الحاكم الشهيد ان الرجل اذا أكرهه السلطان على الزنا بامرأة مطاوعة فلا حد على واحد منهما وهو قول أبي حنيفة المرجوع اليه اهـ فعلى هذا ما ذكره الشارح عن أبي حنيفة من وجوب الحد على المرأة هو قول أبي حنيفة المرجوع عنه فلا معول عليه والله الموفق اهـ (قوله وعند محمد لا تحد لما ذكرنا) قال الكمال ونظيره ما لو زنى مكره بطاوعة تحد المطاوعة عند أبي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد اهـ فلم يذكر لابي يوسف قولا اهـ وهكذا الاتقاني لم يذكر لابي يوسف قولا اهـ (قوله ولو زنى) أي حربي اهـ (قوله في المتن ويزنا صبي الى قوله عكسه) تقدم في كلام الشارح اهـ (قوله لا يجب الحد اذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة مكلفة) أي لا عليه ولا عليها اهـ فتح (قوله وهو ما اذا زنى العاقل البالغ بصبية) أي يجامع مثلها قال الاتقاني وانما قيد بقوله يجامع مثلها لانها اذا لم تكن يجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد لانه كاتيان البهيمة لان الطباع السليمة لا ترغب في مثلها ألا ترى الى ما قال صاحب الاجناس في كتاب الصوم ولو وطئ الرجل جارية لها خمس سنين وأفضاها ولا تحتمل الوطء لصغرها لا كفارة عليه ولا يفطره اذا لم ينزل وهو كالايلاج في البهيمة ونقل أيضا صاحب الاجناس عن نوادر ابن رستم قال أبو حنيفة اذا جامع ابنة امرأته وهي صغيرة لا يجامع مثلها فافضاها وأفسدها لا تحرم عليه أمها لان هذه ممن لا يجامع وقال أبو يوسف أكره له الام والابنة وقال محمد التنزه أحب الي لكن لا أفرق بينه وبين أمها اهـ (قوله يجب الحد على الرجل) أي دون المرأة اهـ وهذا بالاجماع اهـ اتقاني (قوله وقال زفر والشافعي يجب على المرأة) أي وهو قول مالك وأحمد اهـ (قوله كالراضية) فان قلت يرد عليكم مسائل وهي ان المكره اذا زنى بطاوعة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المستأمن اذا زنى بمسلمة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المرأة اذا امكنت نفسها من النائم يجب الحد عليها لا عليه فعلم بذلك أن امتناع الحد على الذكر لا يوجب امتناعه على المرأة قلت المسائل ممنوعة لان الحاكم الشهيد نص على ان الرجل اذا أكرهه السلطان على الزنا بامرأة مطاوعة فلا حد على واحد منهما

أحكامهما في الدنيا وأما القصاص وحد القذف فمن حقوق العباد وكذا المنع من شراء المصحف والعبد المسلم من حقوق العباد لان في تركه في يده قهر المسلم بالاذلال والاستخفاف بالمصحف ونحن بالامان لم نلتزم الاحتمال والصبر على ذلك فلا نمكنه منه ومحمد يقول كذلك في جميع ما ذكرنا غير أنه يقول فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبع والفعل قائم بالفاعل فصار محلا له والمحل كالشرط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع وهذا لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد وفعله هنا لا يوجب الحد ان كان مستأمنا فكذا تمكينها منه وأما اذا كانت هي المستأمنة فسقوط الحد عنها وهي تبع لا يوجب سقوطه عنه وهو أصل لما ذكرنا نظيره فعل الصغير أو المجنون مع البالغ العاقل فان البالغ العاقل اذا زنى بصغيرة أو مجنونة يجب عليه الحد دونها وان زنت البالغة العاقلة بصغير أو مجنون لا يجب عليها الحد لما ذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الموجب للحد عليها هو التمكين من الفعل الفاحش وهو الزنا وقد وجد لان فعل المستأمن زنا لان الكافر مخاطب بالحرمات في الصحيح وان لم يكن مخاطبا عندنا بالعبادات على ما عرف في موضعه ولهذا يحد الذمي والمستأمن ويسقط به احصانه واحصان المستأمن حتى لو قذفهما قاذف بعد اسلامهما لا يجب عليه الحد لكونه صادقا فيهما لتحقق الزنا منهما في حالة الكفر وانما لم يحد المستأمن لفقد شرطه على ما بينا آنفا فصار نظير ما لو غاب الرجل بعد ثبوت زناهما والمرأة حاضرة بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليسا بمخاطبين فلم يكن فعلهما زنا والتمكين منه لا يوجب الحد عليها وقوله فعل المرأة تبع قلنا تبع في حق نفس الفعل لا في حكمه ألا ترى ان المرأة اذا كانت محصنة والرجل غير محصن يجلد الرجل وترجم المرأة ولا تصير تبعا له فيه ولا يكون شبهة في حقها ونظير هذا الاختلاف لو زنت مطاوعة بمكره تحد المرأة دونه عندهما وعند محمد لا تحد لما ذكرنا ولو زنى مستأمن بمستأمنة لا حد عليهما عندهما خلافا لابي يوسف وقد بينا الوجه من الجانبين قال رحمه الله (ويزنا صبي أو مجنون بمكلفة بخلاف عكسه) أي لا يجب الحد اذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة مكلفة وهي البالغة العاقلة بخلاف العكس وهو ما اذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة حيث يجب الحد على الرجل وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد على المرأة في الفصل الاول أيضا لانها زانية لان الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالي عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك فكان زنا والزنا منها متصور ألا ترى ان الله تعالى سماها زانية بقوله الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولهذا من قذفها به يحد ولو لم يتصور الزنا منها لما حد قاذفها كقاذف الصبي والمجنون فاذا كان زنا فامتناع وجوب الحد لمعنى يخصه لا يوجب الامتناع في حقها كما في العكس وهو ما اذا زنى البالغ العاقل بالصبية أو المجنونة فانه عليه الحد اجماعا فكذا هذا ولنا أن فعل الزنا لا يتحقق من الانثى وانما يتحقق من الذكر ولهذا هو يسمى زانيا وواطئا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول به باسم الفاعل كالراضية

العيشة والدافق للمدفوق أو لكونها منسبية بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي والمجنون ليس بهذه الصفة فلا يكون فعلها موجبا للحد اذ هو ليس بزنا وانما يسمى فعلها زنا اذا مكنت من الزنا تبعا وفعلهما ليس بزنا فلا يكون فعلها أيضا زنا وهذا لانها مكنت نفسها من فاعل لا يأثم ولا يحرج فلا يوجب عليها الحد كتمكينها من زوجها أو من النائم بخلاف العكس لان فعل الرجل هو الاصل وهو زنا حقيقة وعدمه في التبع لا يدل على العدم في الاصل وانما يجب الحد على قاذفها وان لم يتصور منها زنا حقيقة لالحاق العار بها بنسبتها الى التمكين من الزنا وهو وصف قبيح في حقها فلهذا يجب الحد به عليها الا انها زنت حقيقة وعبارات أصحابنا أن فعلها مع الصبي والمجنون ليس بزنا يشير الى أن احصانها لا يسقط بذلك كما لا يسقط احصان الصبي والمجنون به حتى يجب الحد على قاذفهما بعد البلوغ والافاقة ثم وطء الصبي يوجب المهر اذا كانت الموطوءة صغيرة أو كبيرة غير مطاوعة أو أمة لان الوطء لا يخلو عن الحد أو المهر وقد انتفى الحد فتعين المهر لان الصبي يؤاخذ بفعله ورضا الصغيرة والامة لم يصح وكذا أمرهما لعدم الولاية على أنفسهما وان كانت الموطوأة كبيرة مطاوعة لا يجب لها عليه المهر لانه لو وجب لرجع به عليها لانه فعل بأمرها وأمرها صحيح لولايتها على نفسها ومن أمر صبيا بشيء ولحقه بذلك ضمان يرجع به الولي على الآمر فلا يفيد قال رحمه الله (وبالزنا بمستأجرة) أي لا يجب الحد بالزنا بامرأة استأجرها ومعناه استأجرها ليزني بها أما لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب عليه الحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد في الاول أيضا لانه ليس بينهما ملك ولا شبهته فكان زنا محضا فيحد وهذا لان الاستئجار ليس بطريق لاستباحة الابضاع شرعا فكان لغوا كما لو استأجرها للطبخ أو للخبز ثم زنى بها لان محل الاجارة المنافع لا الاعيان والمستوفى بالوطء في حكم العين لما عرف في موضعه والعقد لا ينعقد في غير محله أصلا ولهذا لا يثبت بهذا الوطء النسب والعدة ولو كان سببه الانعقاد لثبتا ولابي حنيفة رحمه الله ما روي ان امرأة طلبت من رجل مالا فأبى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضي الله عنه الحد عنهما وقال هذا مهرها ولان الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة فصار شبهة لان الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة ألا ترى أنه لو قال أمهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد فكذا اذا قال استأجرتك أو خذي هذا لاطأك أو مكنيني من نفسك بكذا ولان المستوفى بالوطء منفعة حقيقة وان كان في حكم العين شرعا فاعتبار الحقيقة يقتضي أن يكون محلا للاجارة فأورث شبهة بخلاف ما اذا استأجرها للطبخ والخبز لان العقد ثم لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل آخر قال رحمه الله (وباكراه) أي لا يجب الحد بالزنا باكراه وهذا اذا أكرهه السلطان وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول يجب الحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الاختيار والطواعية فلا يسقط الحد بخلاف المرأة حيث لا تحد لانه لم يوجد منها دليل الاختيار ولانها مرخص لها هذا الفعل اذا خافت على نفسها أو على عضو من أعضائها لكون نسب الولد لا ينقطع عنها ولهذا يوجب القاصر من الاكراه في حقها شبهة ولا عقوبة في المرخص بخلاف الرجل لانه ليس بمرخص له فيمكن ترتيب العقوبة على فعله ثم رجع وقال لا يحد لانه شرع للزجر وهو منزجر وانما أقدم عليه ليدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمرأة وانتشار الآلة لا يدل على الاختيار لانه قد يكون طبعا كما يكون طوعا ألا ترى أن النائم قد تنتشر آلته وان لم يكن له قصد

وهو قول أبي حنيفة المرجوع اليه كذا قال الحاكم أما في المسئلة الثانية فقد وجد تمكين المرأة من الزنا لان الكافر مخاطب بالمحرمات بخلاف ما اذا كان الفاعل صبيا أو مجنونا حيث لم يوجد التمكين من الزنا أصلا لان فعلهما لا يوصف بالزنا لارتفاع القلم لكن الحد لم يلزم الكافر لانه لم يلتزم حقوق الشرع وأما تمكينها نفسها من النائم فممنوع اذ لا يجب الحد عليهما جميعا بهذا أجاب الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والى هذا أشار في شرح الطحاوي أيضا لانه قال الاصل ان الحد متى سقط عن أحد الزانيين لشبهة سقط عن الآخر للشركة كما اذا ادعى أحدهما النكاح والآخر ينكره ومتى سقط عن أحد الزانيين لقصور الفعل فان كان القصور من جهتها سقط عنها ولا يسقط عن الرجل كما اذا كانت صبية يجامع مثلها أو مكرهة أو مجنونة أو نائمة لم يجب الحد عليها ويجب الحد على الرجل وان كان القصور من جهته سقط الحد عنهما جميعا كما لو كان مكرها أو مجنونا أو صبيا الى هنا لفظه فعلم ان الممكنة من النائم لا يجب عليها الحد لان القصور من جهة الرجل فظهر من هذا أن ما قاله بعضهم في شرحه من وجوب الحد عليها الا انها وجد منها فعل خلاف الرواية اهـ فتح (قوله لانه فعل بأمرها) أي لانها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها اهـ فتح (قوله وأمرها صحيح لولايتها على نفسها) قال الكمال وأما ايراد أن القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع واختيار مقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع اهـ (قوله وهو قول زفر) أي وبه قال أحمد اهـ فتح (قوله أو على عضو من أعضائها) أي وليس ذلك في معنى القتل اهـ (قوله لانه قد يكون طبعا) أي لقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الجرة اهـ فتح

(قوله في المتن وباقرار) أي أربع مرات اه قال في الهداية ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليهما وعليه المهر في ذلك قال الاتقاني أي فيما اذا أقر الرجل وادعت المرأة النكاح وفيما اذا أقرت المرأة وادعى الرجل النكاح وانما قيد بقوله بالاقرار أربع مرات في مجالس مختلفة لانه اذا أقر أربع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة وانما الاقرار الموجب للحد هو الذي يتكرر في مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما أقر برده القاضي الى أن يعود أربع مرات ثم اذا أقر أحدهما هكذا أو سأل القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى هو وأين هو وادعى الآخر النكاح سقط الحد عنهما ويجب على الرجل العقر وذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وصار احتمال الصدق شبهة في سقوط الحد عن المدعي فاذا سقط عنه الحد سقط عن الآخر أيضا لان النكاح اذا وجد قام بالطرفين فتعدت الشبهة الى جانب الآخر ثم لما سقط الحد وجب العقر بانه خطر المحل لكن هذا فيما اذا كانت دعوى النكاح قبل أن يحد المقر فاذا كانت دعوى النكاح بعد الحد فلا مهر لها لان الحد لا ينقض بعد الاقامة قال في شرح الطحاوي وان لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل حد القذف (١٨٥) يحد الرجل حد القذف ولا يحد حد الزنا ثم

واختيار وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحد لتحقق الاكراه من غيره لان المعتبر خوف التلف وذلك لا يختلف بين قادر وقادر بل في غير السلطان أظهر لانه يكون على عجلة خوفا على نفسه من أولي الامر فيستعجل قبل ظهور الامر ولابي حنيفة رحمه الله أن الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لان المبتلى به يستغيث بالسلطان أو بجماعة المسلمين أو يدفعه عن نفسه بالسلاح أو بالحيل وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فكان في زمنه للسلطان قوة ولا يستجرئ أحد على الاجتماع على الفساد وفي زمنهما ظهرت قوة المفسدين فأفتى كل واحد منهم على ما شاهد في زمنه وزماننا كزمانهما أو أفسد فيفتى بقولهما ولذا أطلقه في المختصر ولم يقيده بالسلطان قال رحمه الله (وباقرار ان أنكره الآخر) أي لا يجب الحد باقرار أحد الزانيين اذا أنكره الآخر وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان ادعى المنكر منهما الشبهة بأن قال تزوجتها فهو كما قال وان أنكر بأن قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط الحد وجب على المقر الحد دون المنكر ووجه الوفاقية أن دعوى النكاح تحتمل الصدق والنكاح يقوم بالطرفين فأورث شبهة فيسقط الحد ولهما في الخلافية ما روى عن سهل بن سعد أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال انه قد زنى بامرأة سماها فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم الى المرأة فدعاها فسألها عما قال فأنكرت فحده وتركها رواه أحمد وأبو داود ولان اقرار المقر حجة في حقه وتكذيب غيره لا يوجب تهمة في اقراره خصوصا في الحدود فصار كما لو قال أنا وفلان قتلنا فلانا عمدا وأنكر شريكه فان المقر يقتص منه فكذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله أن الزنا فعل مشترك بينهما قائم بهما فانتفاؤه عن أحدهما يورث شبهة في الآخر اذ لا يتصور الا منهما بخلاف مسئلة القتل لانه يحتمل أن ينفرد به المقر لانه يتحقق من واحد ونظيره أن يقر بالزنا على نفسه وعلى رجل آخر بأن يقول زنيت بها أنا وفلان ولان المنكر يحتمل أن يكون صادقا بانكاره فيورث شبهة في حق الآخر كما اذا ادعى أحدهما النكاح بخلاف ما اذا أقر أنه زنى بغائبة أو شهد عليه بذلك حيث يحد وان احتمل أن ينكر الغائب الزنا أو يدعي النكاح لانه لو حضر وأنكر الزنا أو ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة ثم اذا سقط الحد يجب المهر تعظيما لامر البضع شرعا ولا يقال كيف

اعلم أن سقوط الحد ووجوب المهر فيما اذا ادعى غير المقر النكاح لم يذكر فيه خلاف أما اذا أقر أحدهما ونفى الآخر الزنا ولم يدع النكاح ففيه خلاف قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا أقر الرجل أربع مرات أنه زنى بفلانة وقالت كذب ما زنى بي ولا أعرفه لم يحد الرجل في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحد وان قالت زنى بي مستكرهة حد الرجل دونها وان أقرت المرأة أربع مرات أن هذا زنى بها وكذبها الرجل لم تحد المرأة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تحد وان قال الرجل صدقت حدت المرأة ولم يحد الرجل لانه لم يقر الا مرة واحدة الى هنا لفظ الشارح اه (قوله لا يجب الحد الخ)

وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به اه فتح (قوله فهو كما قال) أي لا يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح محتملة للصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بانه لا مهر لها لدعواها الزنا الا انه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقد أو عقر فلزم لها المهر وان ردته الا أن تبرئه منه اه كمال رحمه الله (قوله في انكاره) الذي في خط الشارح بانكاره اه (قوله بخلاف ما اذا أقر أنه زنى بغائبة الخ) وحديث سهل ضعفه أهل الحديث أولا وتأويله انها أنكرت وطالبته بحد القذف فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم بقذفه اياها بالزنا لا باقراره على نفسه بالزنا اه مبسوط (قوله ثم اذا سقط الحد الخ) كما اذا ادعى أحدهما الشبهة لا في مسئلة انكار الوطء فانه لا يجب المهر كذا بخط شيخنا رحمه الله (قوله يجب المهر) أي وقد سقط الحد بدعوى الزوج النكاح فوجب عليه المهر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفوضة اه كفاية

يجب لها المهر وهي تنكره اذا كانت هي المقرة بالزنا لانا نقول وجوب المهر من ضرورات سقوط الحد فلا يعتبر ردها أو نقول صارت مكذبة شرعا بسقوط الحد فلا يلتفت الى تكذيبها كما اذا ادعى رجل أنه تزوج امرأة فأنكرت وأقام عليها البينة يجب لها المهر وان أنكرت لما ذكرنا فكذا هنا قال رحمه الله (ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد والقيمة) مراده قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمها الحد بالزنا والقيمة بالقتل كما اذا زنى بها ثم حز رقبتها ولا يقال لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب أن لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا وسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين أحدهما بالزنا والآخر باتلاف النفس فصار كمن شرب خمر الذمي فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة عليه بقتلها باهاب بفعل الزنا سبب لملكها اياها لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا الى وقت وجود سبب الضمان فصار كما اذا غصب جارية فزنى بها ثم ضمن قيمتها فانه يسقط الحد به فكذا هنا ولان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يسقط كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ليس بضمان مال وانما هو ضمان الدم وهو بمقابلة الآدمية وهي لا تقبل الملك ولهذا يجب على العاقلة مقسطا على ثلاث سنين وتجب به الكفارة ولو كان ضمان ملك لما وجب على العاقلة ولا الكفارة بخلاف ضمان الغصب لانه ضمان المال ولهذا يجب على الغاصب وحده دون عاقلته ولا نسلم أن اعتراض الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوط الحد وانما سقط في السرقة لانتهاء الخصومة وهي شرط فيه لا في حد الزنا ولو استند الملك كما قال كان يظهر في حق القائم وهو العين لا في حق المتلاشي وهو المستوفى من منافع البضع فلا يظهر الاستناد في حقه حتى يجعل كأنه استوفى ملكه بل المستوفى حرام محض فلا يسقط الحد بملك العين بعده ولان وجوب القيمة يكون بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل للملك بخلاف ما اذا أذهب عينها بالزنا حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك يثبت في الجثة العمياء بضمان القيمة وهي عين فأورثت شبهة دارئة للحد اذ العين باقية فأمكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوجها أو اشتراها بعد ما زنى بها أو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها وقد بينا الوجه من الجانبين وان جنت الامة فزنى بها ولي الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها في هذه الصورة فأورث شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزاني لم يملك الجثة وان دفعها بالجناية فعلى الخلاف والوجه ما بيناه ولو زنى بحرة فقتلها به يجب الحد مع الدية بالاجماع لان الحرة لا تملك بالضمان ولو زنى بكبيرة فأفضاها فان كانت مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليهما الحد ولا شيء عليه في الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد وان كان مع دعوى شبهة فلا حد ولا شيء في الافضاء ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة منه فعليه الحد دونها ولا مهر لها ثم ينظر في الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها حد وضمن ثلث الدية لما ان جنايته جائفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حد عليهما ثم ان كان البول

(قوله اذا كانت هي المقرة بالزنا) أي لانها تنفي وجوب المهر بزعمها انها زانية ولا عقر لها اهـ كفاية (قوله في المتن ومن زنى بامة فقتلها) انما قيد بالامة لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا ويجب عليه الدية كما سيأتي اهـ (قوله لانه جنى جنايتين) أي وهما الزنا والقتل اهـ (قوله وعن أبي يوسف) ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الامالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة وفي قول أبي يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة وبه قال الشافعي وأحمد لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا يستقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما أنه ضمان قتل اهـ فتح قال الكمال ولابي حنيفة أنه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم وجب في ثلاث سنين على العاقلة (١) ولا يجب بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك والدم ليس بمال (قوله يسقط) أي يسقط الحد اهـ (قوله وعلى هذا الخلاف يستمسك لو تزوجها الخ) وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد اهـ كمال رحمه الله (قوله ولو زنى بحرة فقتلها به يجب الحد مع الدية بالاجماع) سيأتي قبيل كتاب السرقة أنه اذا جامع امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها لا يجب عليه شيء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فانظر

(١) قوله ولا يجب الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة سقطا وتحريفا فلتراجع الاصول الصحيحة اهـ مصححه

يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر فى ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية كاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد لما ذكر وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالكبيرة فيما ذكرنا الا فى حق سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كان يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور فى معنى الزنا وهو الايلاج فى قبل مشتهاة ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة والوطء الحرام فى دار الاسلام يوجب المهر اذا انتفى الحد فيجب ثلث الدية لكونه جائفة على ما بينا وان كان لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمن المهر أيضا لما ذكرنا ولهما أن الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل فى ضمان الكل اذا كانا فى عضو واحد كما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء يدخل أرش الاصبع فى ارش الكف ويسقط احصانه بهذا الوطء لوجود صورة الزنا وهو الوطء الحرام وفى المحيط لو كسر فخذ امرأة فى الزنا أو جرحها ضمن الدية فى ماله وحد لانه شبه العمد وفى شبه العمد تجب الدية فى ماله يعنى به فيما دون النفس قال رحمه الله (والخليفة يؤخذ بالقصاص وبالاموال لا بالحد) يعنى مثل حد الزنا وشرب الخمر والقذف لان الحدود حق الله تعالى وهو المكلف باقامتها لانها من الاربعة المفوضة الى الامام على ما بينا ولا يقدر على اقامتها على نفسه لان اقامتها بطريق الخزى والنكال لينزجر ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ولا ينزجر بعاقبة نفسه اذ لا يخاف من نفسه ولا يبالى بها فلا يفيد وفعل نائبه كفعله لانه بأمره فاذا لم يفد لا يشرع لان الاسباب انما تشرع لاحكامها فاذا لم تفد أحكامها لا تكون مشروعة ولهذا لم تشرع فى دار الحرب ثم بعد ذلك لا تنقلب موجبة لانها انعقدت غير موجبة كمن زنى فى دار الحرب ثم خرج الينا بخلاف حقوق العباد كالقصاص والاموال لان حق الاستيفاء لمن له الحق ولا يشترط فيه القضاء بل لو استوفاه صاحبه جاز وانما يحتاج الى الامام ليمكنه من ذلك لانه قادر عليه بالمنعة والامام فيه كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك فكذا هنا يمكن استيفاؤه من الامام إما بتمكنه هو بنفسه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين عليه والله أعلم

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

قال رحمه الله (شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد) معناه اذا لم يمنعهم عن الشهادة على الفور بعدهم عن الامام وحد التقادم شهر روى ذلك عن أبى يوسف ومحمد وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدره بشئ وفوضه الى رأى القاضى على ما هو دأبه فى المقدرات المترددة بين القليل والكثير وأشار فى الجامع الصغير الى أنه مقدر بستة أشهر فانه قال واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ويضمن السرقة وكذا أشار الطحاوى رحمه الله اليه والاول أصح وهو مروى عن أبى حنيفة رحمه الله لان الشهر

(قوله فى المتن والخليفة يؤخذ بالقصاص وبالاموال الخ) فانه اذا قتل انسانا أو أتلف مال انسان يؤاخذ به قال فى الهداية وكل شئ صنعه الامام الذى ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الامام الذى ليس فوقه امام اذا صنع شيأ يجب فيه الحد فلا حد وأما القصاص والمال فيؤاخذ به وفسر الفقيه أبو الليث فى شرحه الجامع الصغير الامام الذى ليس فوقه امام بالخليفة أعلم أنه اذا قذف انسانا أو زنى أو شرب الخمر فلا حد عليه فى الدنيا لان هذه الحدود يفوض اقامتها واستيفاؤها الى الامام لكونها حق الله تعالى وحد القذف المغلب فيه حق الله تعالى عندنا فكان كبقية الحدود اه (قوله بمنعة المسلمين الخ) وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضى

والقضاء لتمكين الولى من استيفائه لا لأنه شرط اه كمال

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

قال الاتقانى قد ذكر فى أول كتاب الحدود أن ثبوت الزنا بالبينة والاقرار وبهما جميعا ثم احتاج هنا أن يذكر فى هذا الباب ما كان سيالرد الشهادة مثل التقادم والرجوع وكون الشهود عميانا أو محدودين فى القذف ونحو ذلك ومثل ظهور المشهود عليها بالزنا بكرا أو مثل كون عدد الشهود أقل من الاربعة أو غير ذلك مما يذكر فى الباب فاخر الباب لان هذه الاشياء عوارض والاصل عدم العارض اه (قوله متقادم) قال الكمال اسناده فى الحقيقة الى ضمير السبب أى متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له فى الحقيقة اه فتح والتقادم من القدم بمعنى القديم وهو خلاف الحديث وهو المراد هنا فمعنى قوله شهدوا بحد متقادم أى بحد قديم سببه لا حديث والقديم يكون بمعنى الذى لم يزل وليس هو المراد اه اتقانى (قوله أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم فى الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بأبى حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر فما رآه بعد مجانبة الهوى تفريطا فهو تقادم وما لا يعد تفريطا غير متقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف فى ذلك فانما يوقف عليه فى كل نظر نظر فى كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأى متعذر اه فتح قوله وقد جعلوه أى لفظ حين اه (قوله وهو مروى عن أبى حنيفة) وقد ذكر فى المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضى الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهرا أو أكثر درئ عنه الحد قال أبو العباس الناطفى فقد قدر على هذه الرواية بشهر وهو

وما فوقه آجل وما دونه عاجل أصله مسئلة اليمين فيما اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فان قضاه فيما دون الشهر بر والا فلا وحد التقادم في شرب الخمر أو السكر بغيرها انقطاع الرائحة خلافا لمحمد رحمه الله هو يجعله كغيره من الحدود على ما يجيء في موضعه والاقرار لا يمنع بالتقادم خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبينة التي هي احدى الحجتين وقال الشافعي رحمه الله لا تبطل الحدود بالتقادم لان الشهادة انما صارت حجة باعتبار وصف الصدق وتقادم العهد لا يخل بالصدق فلا يخرج من أن يكون حجة كالاقرار وحقوق العباد ولنا قول عمر رضي الله عنه أيما قوم شهدوا في حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا ونحوه فهو مخير بين حسبتين حسبة أداء الشهادة ليقام الحد فيحصل الانزجار قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم فان الشارع ندب اليه قال عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم عورته ستر الله عليه عوراته يوم القيامة وقال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم وتأخيرهم الاداء لا يخلو اما أن يكون للستر أولا فان كان للستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون فيها ولا شهادة للمتهم وان كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته بخلاف الاقرار لان تهمة الضغينة لا تتصور فيه لانه لا يعادي نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق بخلاف حد القذف وحقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فالتأخير لعدم الدعوى اذ لا يصح بدونها فكانوا معذورين بالتأخير فان قيل الدعوى شرط في السرقة ومع هذا لا تقبل الشهادة فيها بالتقادم قلنا الدعوى ليست بشرط في الحد وانما تشترط للمال ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى أن يجيء المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال أن يكون المسروق ماله لا يعرف السارق فيتهمون بالتأخير فلا تقبل شهادتهم ولان السرقة تقام على وجه الاستسرار على غرة من المالك فيجب على من عرف اعلامه فيصير فاسقا بالكتمان ولان الحكم يدار على كونه حقا لله تعالى فلا تعتبر التهمة في كل فرد من أفراده اذ التهمة أمر باطن لا يوقف عليه فيكتفى بالصورة لان الحد يسقط بصورة الشبهة كما يسقط بمعناه فان النكاح الفاسد يسقط بمعناه ودعواه تسقط بصورته ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع بعد القضاء حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد تقادم العهد لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود بدليل عمى الشهود وردتهم بعد القضاء قبل الامضاء حيث يسقط الحد عن المشهود عليه ولا يجب الحد على الشهود لان سقوط الحد عن الزاني لنوع شبهة ولا يصلح ذلك لايجاب الحد على الشهود قال رحمه الله (ويضمن المال) أي اذا لم تقبل شهادتهم بالسرقة المتقادمة في حق الحد لكونه حق الله تقبل في حق المال ويضمنه لان التقادم يمنع الشهادة بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال لعدم التهمة ولان المال يثبت مع الشبهة أيضا فصار نظير ما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة فانه يجب فيه المال ولا يجب القطع قال رحمه الله (ولو أثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة) وكذا اذا أقر أنه زنى بغائبة لانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية حين أقرا بالزنا بغائبين ولان الزنا قد ثبت بالحجة فيجب الحد بخلاف ما اذا شهدوا أنه سرق من فلان الغائب حيث لا يجب الحد لان الغيبة تفوت الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا ولانهم يشهدون في السرقة بثبوت الملك للغائب في المال المسروق منه ولا يقدرون على ذلك الا بحضرته فان قيل ينبغي أن لا يحد في الزنا أيضا حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يدعي النكاح فيكون شبهة قلنا دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فتعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر لان اعتبارها يؤدي الى سد باب الحدود ولا يقال ينتقض هذا بالقصاص اذا كان بين شريكين وكان أحدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب لانا نقول العفو حقيقة المسقط واحتماله يكون شبهة المسقط

قول أبي يوسف ومحمد اه اتقاني (قوله والاقرار لا يمنع بالتقادم) أي لا يبطل بالتقادم لكن هذا في حد الزنا والسرقة لا في حد الشرب لانه يبطل الاقرار فيه بالتقادم عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما بينا وسيجيء ذلك في حد الشرب اه اتقاني قال الكمال ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما اه (قوله فهو مخير بين حسبتين) قال في المصباح واحتسب الاجر على الله ادخره عنده لا يرجو ثواب الدنيا والاسم الحسبة بالكسر اه (قوله يمنع بعد القضاء) أي خلافا لزفر اه فتح (قوله لا يقام عليه الحد) وقول زفر قول الائمة الثلاثة اه فتح (قوله لان الامضاء) أي الاستيفاء اه فتح (قوله في المتن ولو أثبتوا زناه بغائبة حد) وعلى قول أبي حنيفة الاول لا يحد وهو القياس كذا ذكره أبو الليث في شرحه للجامع الصغير وذلك لانها اذا حضرت ربما جاءت بشبهة دارئة للحد والحدود تدرأ بالشبهات (١) وعلى قوله الاخير وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف يحد الرجل اه اتقاني وكتب ما نصه أجمع عليه الائمة الاربعة اه فتح (قوله وكذا اذا أقر أنه زنى بغائبة) أي يحد الرجل باجماعهم اه فتح (قوله لانا نقول العفو الخ) الحاصل أنه اذا حضر فعفا يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو فاذا غاب كان احتمال العفو شبهة فاعتبرت الشبهة وفيما نحن فيه لا اذا حضرت وادعت النكاح كان شبهة فاذا غابت احتمل الشبهة فلا نعتبر لانه وهم والله الموفق (قوله واحتماله يكون شبهة المسقط)

---

(١) قوله وعلى قوله الاخير الخ هكذا في الاصل وليحرر اه مصححه

أى وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والأأدى الى نفى كل حد فان ثبوته بالبينة أو الاقرار والذى يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه فى الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة اهـ فتح (قوله فلما أقر) أى بالزنا كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه بزوجته التى لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أى باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هنا كالمنصوص بخلاف الشاهد فانه يجوز أن يشهد على من لم يشتبه عليه فكان قوله لا أعرفها ليس موجبا للحد قاله الكمال رحمه الله

لا شبهة الشبهة قال رحمه الله (وان أقر بالزنا بمجهولة حد وان شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم فى طوعها أو فى البلد ولو على كل زنا أربعة) أى لو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يجب عليه الحد وان شهد عليه الشهود بذلك بأن قالوا زنى بامرأة لا نعرفها لا يجب عليه الحد كما لا يجب عليه اذا اختلفوا فى طواعيتها بأن قال اثنان انه زنى بفلانة وأكرهها وقال آخران انها طاوعته أو فى البلد بأن قال بعضهم انه زنى بها بالكوفة وبعضهم قال زنى بها بالبصرة وان تم فى كل زنا أربعة أما الاول وهو ما اذا أقر أنه زنى بمجهولة فلانه لو كانت امرأته أو أمته لعرفها لانه لا يخفى عليه امرأته ولا أمته فان قيل قد تشتبه عليه امرأته بأن لم تزف اليه قلنا الانسان لا يقر على نفسه كاذبا ولا حال الاشتباه فلما أقر انتفى كون الموطوأة امرأته ولا يعتبر الاحتمال البعيد بأن تكون أمته بجهة من الجهات كالارث وهو لا يعرف ذلك أو بالتوالد من مملوكة أو مملوكات آبائه لان ذلك يؤدى الى استداد باب اقامة الحدود لان ذلك يحتمل فى المعروفة أيضا كما يحتمل فى المجهولة وأما الثانى وهو ما اذا شهد الشهود عليه بذلك فانه انما لا يحد لانه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته بل هو الظاهر لان المسلم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوأة أن يكون زنا بخلاف ما اذا لم يعرفها الزانى وأما اذا اختلفوا فى طوع المرأة فلانه زنا آن مختلفان ولم يكمل فى كل واحد منهما نصاب لان زناها طوعا غير زناها مكرهة فلا يحد وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وزفر وقالا يجب الحد على الرجل خاصة لان الشهود اتفقوا عليه بأنه زنى وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهو الاكراه وجوابه ما ذكرنا ولان الطوع يقتضى اشتراكهما فى الفعل والكره يقتضى تفرده فكانا غيرين ولم يوجد فى كل واحد منهما نصاب الشهادة ولان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين فيه ولا شهادة للخصم وانما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت مكرهة سقط الحد عن القاذف واعتبار عدد الاربعة فى الشهادة على الزنا الموجب للحد وهنا شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ذكره فى الكافى وهذا التخريج يستقيم على قولهما وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله فاتفاق الشهود الاربعة على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا على ما نبين من قريب وفائدة اختلاف الطريق تظهر فيما اذا شهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد واحد أنه أكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما يقام على الثلاثة لانهم قذفوه ولم يسقط احصانها بشهادة الفرد وأما اذا اختلفوا فى البلد فان لم يتم نصاب الشهادة بالزنا فى كل بلد بأن شهد اثنان انه زنى بها بالكوفة واثنان انه زنى بها بالبصرة فلا اشكال فى أنه لا يجب عليهما الحد لان المشهود به مختلف لان الفعل يختلف باختلاف الاماكن ولم يتم فى كل واحد منهما نصاب فلم يثبت فلم يحد ولا يحد

(قوله وأما الثانى وهو ما اذا شهد الشهود عليه بذلك) أى بزناه بامرأة لا يعرفونها اهـ (قوله لانه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته) قال الحاكم الشهيد فى الكافى وان قال المشهود عليه ان التى رأوها معى ليست بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا وذلك لانها تتصور أمة ابنه أو منكوحة نكاحا فاسدا اهـ اتقانى رحمه الله وقال الكمال فلو قال المشهود عليه المرأة التى رأيتموها معى ليست زوجتى ولا أمتى لم يحد أيضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة واحدة لا يقام الحد يقتضى أنه لو قال له أربعا حد وليس كذلك اهـ قوله وأما ما قيل قائله صاحب الدراية رحمه الله (قوله لان زناها طوعا غير زناها مكرهة) أى وشهادتهم بزنا دخل فى الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق فى الخارج بشهادة أربعة اهـ فتح (قوله وهو الاكراه) أى وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا بعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة اهـ (قوله وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان) أى بشهادة اثنين لان الاحصان يثبت بشهادتهما اهـ (قوله على ما نبين من قريب) أى فى خلافية زفر اهـ (قوله وأما اذا اختلفوا الخ) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة الا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند أبى حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة اهـ فتح (قوله ولم يتم فى كل واحد منهما نصاب) أى الشهادة وهو أربعة اهـ (قوله ولا يحد الشهود) أى القذف اهـ

(قوله وقال زفر يحدون) أي وهو قول الشافعي اه فتح وهو القياس اه اتقاني (قوله لسقوط الحد) أي عن القاذف اه (قوله والاحصان) أي احصان المقذوف اه (قوله وان كان كبيرا لا يقبل) أي كالدار بن اه (قوله والقياس الخ) قال الكمال والقياس قول زفر والشافعي ومالك اه (قوله وانتهاؤه في زاوية) قال الكمال وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر (١٩٠) الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا اه (قوله

الشهود أيضا وقال زفر يحدون لان العدد لم يتكامل في كل زنا فصاروا قذفة ولنا أن كلا منهم وقع شهادة صورة لاستجماع شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتمام العدد في حق المشهود عليه وان لم يتم في حق المشهود به فاعتبرنا تكامل العدد في حق المشهود عليه فلا يجب الحد على قاذفه اعتبارا للصورة واعتبرنا انتقاص العدد في حق المشهود به فقلنا لا يجب عليهما حد الزنا اعتبارا للحقيقة وعلى هذا الخلاف اذا جاء القاذف بأربعة شهداء فشهد اثنان أنه زنى في بلد وشهد آخران أنه زنى في بلد آخر فظاهر الآية يقتضي سقوط الحد عن القاذف وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء شرط شهادة الاربع لسقوط الحد والاحصان مطلقا عن القاذف وقد وجد وان تم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بأن شهد أربعة بأنه زنى بها بالبصرة وأربعة بأنه زنى بها بالكوفة فالمسئلة محمولة على ما اذا ذكرا وقتا واحدا بأن شهد كل طائفة بأنه زنى بها وقت طلوع الشمس في يوم الخميس مثلا لانا تيقنا بكذب أحد الفريقين لان الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيعجز القاضي عن الحكم بهما للتعارض أو لتهمة الكذب فتهاترتا ولا يحد الشهود أيضا لما ذكرنا أن تفاوهنا أظهر لان كل واحد من الزنا تم فيه نصاب الشهادة ويحتمل صدق احدى الطائفتين فلا يحدون مع الاحتمال قال رحمه الله (ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وكان البيت صغيرا وان كان كبيرا لا يقبل ذكره في المحيط والقياس أن لا يقبل كيفما كان لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية أخرى ينتقلان اليه بالاضطراب أو يحتمل أن يكونا في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد كل واحد منهم بحسب ما عنده وكذلك لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن أن يمتد الزنا اليهما يقبل لامكان التوفيق وان اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حالة الزنا يقبل لان التوفيق ممكن بأن يكون عليه ثياب فيعاين كل فريق غير الذي عاينه الآخر أو يحتمل أنه أخذ في العمل في ثوب ثم لبس آخر وهو على حاله وفيه خلاف زفر وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها أو في طولها وقصرها يقبل والاصل في هذا أنه مهما أمكن التوفيق يصار اليه لان التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب الحد أصلا لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به أصحابه قال رحمه الله (ولو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر أووا الشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وان شهد الاصول أيضا لم يحد أحد) يعني لم يحد الزانيان ولا الشهود في هذه الصور كلها أما في الصورة الاولى فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لان عددهم متكامل وانما سقط الحد عنهما بقول النساء انها بكر وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه وكذلك اذا شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم ولا يحد الشهود أيضا لتكامل عددهم ولفظ الشهادة صورة ولان الحد يجب لدفع العار عن المقذوف في موضع التهمة وهنا لا يلحقه العار لعدم التهمة ونظيره اذا شهدوا على

امرأة

ينتقلان اليه بالاضطراب) قال الكمال وأما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك أيضا قائم في البلدين نعم انما هم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه اه (قوله وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها) أي انها بيضاء أو سمراء اه فتح (قوله أو في طولها وقصرها) أي أو في سمنها وهزالها اه فتح (قوله والاصل في هذا أنه مهما أمكن التوفيق الخ) قال في الكافي فان قيل التوفيق غير مشروع لايجاب الحد لانه احتيال للاقامة وقد أمرنا بالاحتيال للدرء قلنا التوفيق في الحدود مشروع صيانة للبينات عن التعطيل اه (قوله لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا الخ) معناه أن أربعة لو شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة تقبل هذه الشهادة ويحمل على أن كل واحد منهم شهد بالزنا الذى شهد به أصحابه وان لم ينصوا في شهادتهم على هذا الاتحاد مع أن احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا أربع مرات وشهد كل واحد منهم بزنا على حدة وفي ذلك لا يجب الحد على المشهود عليه اه كفاية (قوله فظهر كذبهم بيقين) اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال لم تعارض شهادتهن شهادتهم بل تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا تعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة أم لا لابد من أن تورث شبهة بها يندرئ قاله الكمال (قوله لان عددهم متكامل) الذي في خط الشارح متكاملة اه وكتب ما نصه أي في الشهادة على الزنا اه (قوله ونظيره اذا شهدوا على

امرأة بالزنا فوجدت رتقاء لا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لما ذكرنا في البكر والمجبوب وأما اذا كان الشهود فسقة فلان الفاسق من أهل التحمل والاداء وان كان في أدائه نوع قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا لما عرف في موضعه فيثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية ولا يثبت من وجه باعتبار القصور فيسقط الحد عن المشهود عليهما باعتبار عدم الثبوت ويسقط عن الشهود باعتبار الثبوت ولهذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على أن المقذوف قد زنى يسقط عنه الحد بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القود باقامة الشهود الفسقة على أن أولياء المقتول قد عفوا لان وجوب القود بالقتل متيقن به فلا يسقط بالشك والاحتمال وحد القذف لم يجب بالقذف وانما يجب بالعجز عن اقامة البينة لان الله تعالى علقه به بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء الآية عطفه على الشرط والمعطوف على الشرط شرط فكان العجز شرط الوجوب وأما القود فترتب على نفس القتل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فظهر السبب الموجب بنفس القتل وتقرر فلو سقط بعد ذلك انما يسقط بقبول شهادتهم وليس لهم شهادة ملزمة وهذا لان العفو مسقط بعد الوجوب وليس يمنع من الوجوب بخلاف حد القذف فان الشهادة فيه تمنع من الوجوب وهو بقاء ما كان على ما كان والعجز موجب فلم يتيقن بالعجز مع شهادتهم فلا يجب وأما اذا شهد أربعة على شهادة أربعة فلما فيهما من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب فيها في موضعين في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع أو لان الكلام اذا تداولته الالسن يمكن فيه زيادة أو نقصان ولا يمكن التحرز عنهما عادة ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال تنصب للحاجة ولا حاجة في الحدود الى البدل لانها مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا انما حكوا شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان عددهم متكامل والاهلية موجودة وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لاثباته وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم ولم يحدوا أيضا وهو المراد بقوله وان شهد الاصول لم يحد أحد وانما لم تقبل لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين تلك الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل والشهادة متى ردت لتهمة لم تقبل في عين تلك الحادثة أبدا وانما تقبل في المال شهادة الاصول بعدما ردت شهادة الفروع لان شهادة الاصول لم ترد حقيقة وانما حصل فيها شبهة الرد والمال يثبت مع الشبهة دون الحد ولا يحد الاصول أيضا لما ذكرنا ولو ردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعده أبدا هذا اذا ردت شهادتهم لتهمة مع الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالعبيد والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والاسلام لزوال المانع ولو شهد أربعة على رجل بأنه زنى بفلانة ثم شهد أربعة آخرون أن هؤلاء الشهود هم الذين زنوا بها فلا يحد أحد منهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يحد الفريق الاول من الشهود والمرأة حد الزنا ولا يحد الرجل المشهود عليه لان الشهود الثاني جرحوا الشهود الاول بفعل الزنا وقد ثبت عليهم ذلك وعلى المرأة بشهادتهم فيحدون حد الزنا ثم لا تقبل شهادتهم لثبوت فسقهم بالزنا فلا يحد الرجل المشهود عليه الاول وله أن مثل هذا الكلام يراد به النفي عن الاول واثبات ذلك بعينه للثاني عادة كما اذا قال زيد دخل عمرو الدار وقال آخر زيد هو الذي دخل الدار فالشهود الاول أثبتوه على المشهود عليه والشهود الثاني نفوه عنه وأثبتوه على الشهود والفعل الواحد لا يتصور أن يفعله شخصان ويحتمل أن يكون أحد الفريقين صادقا والآخر كاذبا ولا يعرف ذلك بعينه فأورث شبهة فلا يحدون حد القذف ولا حد الزنا لذلك فصار نظير ما لو شهد أربعة بالزنا على رجل في بلد عند طلوع الشمس وشهد أربعة آخرون انه زنى في بلد آخر في ذلك الوقت على ما بينا من قبل وعلى هذا لو شهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا وشهد أربعة آخرون على الشهود بأنهم هم الذين زنوا بها وشهد أيضا أربعة آخرون على الشهود الثاني بأنهم هم الذين زنوا بها لا حد على الكل عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وعندهما يحد الرجل والمرأة والفريق الاوسط من الشهود حد الزنا لان الفريق الاوسط صاروا

امرأة بالزنا فوجدت رتقاء الخ) وتقبل في الرتقاء والعذراء والاشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي اه اتقاني (قوله وأما اذا كان الشهود فسقة) قال في الكافي وأصله أن الشهود أصناف صنف أهل للشهادة تحملا وأداء كالحر العدل البالغ العاقل وصنف أهل للتحمل دون الادا كالاعمى والمحدود في القذف لاستجماع شرائطهم فيهما الا أن الاداء فات في الاعمى لعدم التميز وفي المحدود للنص الوارد لاداء شهادته وصنف أهل للتحمل والاداء ولكن في أدائه نوع قصور كالفساق لتهمة الكذب اه كافي (قوله باعتبار الثبوت) أي فاختلطنا في الحدين والشافعي خالفنا فيه لان الفاسق ليس باهل للشهادة عنده كالعبد اه كافي

فسقة بشهادة الفريق الآخر بالزنا عليهم فبطلت شهادتهم على الفريق الاول وصاروا قذفة لهم الا أنه لا يجب عليهم حد القذف لكمال النصاب على ما بينا من قبل ويحدون حد الزنا لثبوته عليهم بالشهود الاخير قال رحمه الله (ولو كانوا عميانا أو محدودين أو ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليهما) لان شهادة العميان أو المحدودين في القذف لم يثبت بها المال مع أنه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات بعد الثبوت وشهادة الثلاثة قذف لانه لم يكمل النصاب لان الشهادة قذف حقيقة وخروجها من أن تكون قذفا باعتبار الحسبة ولا حسبة عند نقصان العدد فيحدون وحد عمر رضي الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بن شعبة وهم أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الازرق بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فصار اجماعا قال رحمه الله (ولو حد فوجد أحدهم عبدا أو محدودا حدوا) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة على ما بينا قال رحمه الله (وأرش ضربه هدر وان رجم فديته على بيت المال) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب تجب الدية في بيت المال عندهما خلافا له وعلى هذا الخلاف لو رجع الشهود وقد جرحته السياط أو مات من الضرب لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون أما الرجم فلانه حصل بقضاء القاضي وهو خطأ منه وخطؤه في بيت المال لان عمله يقع للمسلمين فيجب غرمه في مالهم وهذا بالاجماع وأما أرش الضرب فلهما أن الجرح أضيف الى شهادتهم لان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب والاحتراز عن الجرح غير ممكن فينتظم الجارح وغيره فيكون الكل مضافا الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين فصار كالرجم والقصاص وهذا لان الامام لا يلزمه ضمان ما أخطأ فيه وانما يلزم من وقع فعله له وفعله وقع هنا لعامة المسلمين فيجب ضمانه عليهم ومال بيت المال لهم فيجب فيه ولابي حنيفة رحمه الله أن المستحق هو الجلد حدا وهو ضرب مؤلم غير مهلك ولا جارح ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة اهتدائه لذلك فاقتصر عليه الا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة وهذا لانه مأمور بالضرب وفعل المأمور لا يتقيد بالسلامة بخلاف الرجم والقصاص لان المستحق بشهادتهم فيهما الاتلاف فيجب عليهم ضمانه عند رجوعهم وعلى بيت المال عند ظهورهم عبيدا لما ذكرنا قال رحمه الله (فلو رجع أحد الاربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية) وكذا كلما رجع واحد منهم يحد ويغرم ربع الدية أما الغرامة فلان تلف النفس بشهادتهم فاذا أقر أنه أتلف بغير حق تجب عليه الغرامة بحسابه من الدية اذا لم يكن التلف مستحقا بغيره لان في هذا الباب يعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع حتى لو كان الشهود خمسة فرجع واحد لا شيء عليه لان التلف مستحق بغيره وأما الحد فالمذكور هنا مذهب الثلاثة وقال زفر لا يجب الحد على الراجع لانه لو وجب اما أن يجب بالقذف قبل الرجم ولا سبيل اليه لان من قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف لكونه لا يورث أو بالقذف بعد الرجم فلا سبيل اليه أيضا لان المرجوم لا يحد قاذفه لكونه مرجوما بحكم الحاكم فيكون شبهة فصار كما لو قذفه غيره ولنا أن كلامه ليس بقذف في الحال لانه انعقد شهادة ووقع الحكم به بهذا الوصف لكنه عند الرجوع ينقلب قذفا لانه فسخ لشهادته بعد

الوجود

(قوله في المتن ولو كانوا عميانا أو محدودين) أي أو أحدهم عبدا أو محدودا في قذف اه (قوله ولا حسبة عند نقصان العدد) أي وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها اه كاكي (قوله وشبل بن معبد) الذي بخط الشارح شهد بشين معجمة وهاء ودال قلت والصواب أنه شبل ابن معبد قال في الاصابة في القسم الثالث من حرف الشين المعجمة شبل بن معبد بن عبيد بن الحرث نسبه الطبراني والعسكري وقال لا يصح له سماع من النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابن السكن يقال له صحبة وأمه سمية والدة أبي بكرة وزياد وروى الطبراني في ترجمته من طريق أبي سليمان التيمي عن أبي عثمان قال شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة وأنهم نظروا اليه كما ينظرون الى الميل في المكحلة فجاء زياد فقال عمر جاء رجل لا يشهد الا بحق قال رأيت منظرا قبيحا ولا أدري ما وراء ذلك فجلدهم عمر الحد اه مع حذف (قوله في المتن وأرش ضربه هدر) يعني اذا شهد أربعة على رجل بالزنا وهو غير محصن فضربه الامام ثم ظهر ان الشهود كانوا عبيدا أو محدودين في قذف أو وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف وقد جرحته السياط فليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب عند أبي حنيفة خلافا لهما وان كان محصنا فرجم فديته في بيت المال بالاتفاق اه (قوله وعندهما يضمنون) أي أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات اه كاكي (قوله وعند عدم الرجوع يجب) أي بان ظهروا عبيدا أو محدودين في قذف أو ظهر أحدهم لم يضمنوا اه كاكي (قوله وصار) أي الجرح في هذه الصورة اه كاكي (قوله كالرجم) يعني اذا رجم الامام أحدا ثم ظهر الشهود عبيدا أو محدودين في قذف فالضمان في بيت المال فكذا هذا اه كاكي (قوله والقصاص) يعني اذا حكم بالقصاص لاحد ثم ظهر الشهود عبيدا أو محدودين في قذف فالضمان على المقضي له بالقصاص اه كاكي (قوله ولابي حنيفة) أي أن الجرح غير مضاف الى شهادتهم لانهم أوجبوا بشهادتهم الحد وهو ضرب مؤلم لا جارح ولا متلف ولهذا لا يحد في الحر أو البرد الشديد ولا المرض تفاديا عن الاتلاف اه كافي (قوله الا لمعنى في الضارب) أي وهو الجلاد اه (قوله لا يجب عليه الضمان في الصحيح) أي لانه ما تعمد الجرح فلو ضمناه لامتنع الناس عن اقامة الحدود اه كافي (قوله لا يجب الحد على الراجع

الوجود(١) فينفسخ ما ينبنى عليه وهو القضاء فيكون قذفا للحال وهو محصن فى زعمه فيحد بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه مرجوم بحكم الحاكم ولم يوجد ما يوجب فسخ الشهادة فى حقه لان زعم الراجع يعتبر فى حقه لا فى حق غيره ونظيره الطلاق المعلق بالشرط فانه ليس بطلاق للحال لانه اعدام ويصير طلاقا عند وجود الشرط فان قيل غاية ما فيه أنه قد أقر بعد ما قذفه بأنه كان عفيفا وذلك لا يوجب الحد عليه برجمه بحكم الحاكم فصار كما اذا قذفه غيره فأقر بأنه كان عفيفا قلنا الحجة ليست بكاملة فى حق الراجع لانفساخها فى حقه على ما بيناه وفى حق غيره كاملة فلا يعتبر زعمه فيه وهذا بخلاف ما اذا وجد واحد منهم عبدا حيث لا يحدون لانه لما ظهر أنه عبد تبين أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا فى ذلك الوقت فصاروا قاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث على ما يجىء ان شاء الله تعالى ولو كان حده الجلد فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم حد الراجع وحده بالاجماع والفرق لزفر أن المقذوف حى هنا فيطالب هو بالحد وفى مسئلة الكتاب قد مات بالرجم والحد لا يورث على ما عرف ولو شهد على رجل أربعة أنه زنى بفلانة وشهد عليه أربعة آخرون بالزنا بغيرها ورجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عندهما وقال محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق يعتبر فى حقهم لا غير ولهما أن كل فريق أقر على نفسه بحد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانه قذفه كاذبا قال رحمه الله (وقبله حدوا ولا رجم) أى لو رجع واحد من الشهود قبل الرجم يحد كلهم ولا يرجم المشهود عليه وقال محمد حد الراجع وحده ان رجع بعد القضاء وهو قول زفر لان الشهادة تأكدت بالقضاء فسقط احصانه ثم بالرجوع ينفسخ فى حق الراجع فقط كما فى المسئلة الاولى ولهما أن الامضاء من القضاء فى حقوق الله تعالى لان المقصود من القضاء إعلام من له الحق بحقه ليستوفيه منه والله عالم بالاشياء ولا تخفى عليه خافية فكان المفوض الى الحاكم الاستيفاء فلما لم يستوف لم يستحكم قضاؤه فكان العارض بعد القضاء قبل الامضاء كالعارض قبل القضاء ولهذا امتنع الامضاء بموت القاضى وعزله وردة الشهود وعماهم وغيبتهم وخروجهم من أن يكونوا أهلا للشهادة باقامة حد القذف عليهم وغير ذلك مما يمنع القبول ولهذا لا يجب الحد على المشهود عليه فدل على بطلان الحكم وان رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر حد الراجع وحده لان رجوع الراجع لا يصح فى حق غيره ولنا أن كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به واذا لم يتصل به بقى قذفا على حاله ولا يكون شبهة ولهذا لا يقضى بها بالمال بعد الرجوع مع أنه يثبت مع الشبهة فيحد كلهم بخلاف ما تقدم ولا يقال كيف يجب عليهم الحد برجوع غيرهم بعد كمال النصاب ولا يؤاخذ أحد بفعل غيره لانا نقول الحد وجب عليهم بقذفهم لا بالرجوع لان الشهادة قذف وانما تخرج من أن تكون قذفا باتصال القضاء بها وبالرجوع امتنع القضاء لا غير فصار كما لو امتنع الشاهد الرابع عن الشهادة ابتداء بعد ما شهد أصحابه قال رحمه الله (ولو رجع أحد الخمسة لا شئ عليه) يعنى لو كان الشهود خمسة فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم لا شئ على الراجع من الضمان والحد لما ذكرنا أن المعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع وقد بقى من يقوم بكل الحق قال رحمه الله (فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم فى حقهما وأما الغرم فلان المعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع وقد بقى من يبقى ببقائه ثلاثة أرباع الحق فيلزمهما الربع فان قيل الاول منهما حين رجع لم يلزمه شئ فكيف يجتمع عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره قلنا وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه واتلافه بشهادته وانما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فاذا زال المانع برجوع الثانى ظهر الوجوب قال رحمه الله (وضمن المزكون دية المرجوم ان ظهروا عبيدا كما لو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك) يعنى اذا شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود عبيدا يجب الضمان على المزكين كما يجب الضمان على القاتل بضرب عنقه فيما اذا أمر الامام برجمه بعد ما شهد عليه أربعة بالزنا ثم ظهر الشهود عبيدا أما الاول فمعناه اذا رجعوا عن

(١) قوله الوجود فى بعض النسخ الرجوع اهـ مصححه

أى ولا يحد الباقون اجماعا اهـ كافى (قوله فيكون قذفا للحال) أى والمقذوف فى الحال ميت اهـ (قوله وهذا بخلاف ما اذا وجد واحد منهم) أى من الشهود عبدا أى بعد الرجم اهـ كاكى (قوله حيث لا يحدون) أى حد القذف بالاجماع اهـ كاكى (قوله لو رجع أحد الشهود) أى بعد القضاء اهـ كافى وفى نسخة واحد من الشهود وهذه هى التى فى خط الشارح اهـ (قوله ولهما أن الامضاء) أى استيفاء الحد اهـ فتح (قوله فكان العارض بعد القضاء قبل الامضاء الخ) قال الكمال وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح فى الشهود أو سقوط احصان المقذوف أو عزل القاضى يمتنع استيفاء حد القذف وغيره اهـ (قوله وعماهم) الذى بخط الشارح وعميهم اهـ (قوله ولا يكون شبهة) كذا بخط الشارح وصوابه شهادة تأمل (قوله فظهر الشهود عبيدا) أى أو كفارا كما سيأتى اهـ

التزكية بأن قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يضمنوا وان ثبتوا على شهادتهم ولم يرجعوا لم يضمنوا بالاجماع لانهم أخطؤا فيما عملوا والعامة المسلمين فصاروا كالقاضي ولهما في الخلافية أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان ولانهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وذلك بالمباشرة أو بالتسبيب ولم يوجد واحد منهما أما المباشرة فظاهر وكذا التسبيب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما أثنوا على الشهود خيرا وذلك لا يوجب الضمان كشهود الاحصان فيكون في بيت المال لتبين خطا الامام ولابي حنيفة رحمه الله أن الشهادة لا تعمل ولا تكون حجة الا بالتزكية فصارت كعلة العلة لالزامهم القاضي القضاء بالبينة بخلاف شهود الاحصان لان الاحصان علامة محض ولهذا تشترط الذكورة في التزكية دون شهود الاحصان على ما يأتي من قريب والشهادة موجبة للعقوبة وان لم يكن محصنا ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة أو أخبروا لان التزكية لا يشترط فيها لفظ الشهادة وهذا اذا أخبروا بالحرية وأما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا لانهم صادقون في ذلك اذ الرق لا ينافي العدالة اذ هي اجتناب المحظورات ولكن القاضي أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر ولا ضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث وعلى هذا التفصيل لو وجد الشهود كفارا وأما الثاني وهو ما اذا أمر الامام برجمه فضرب رجل عنقه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا فمعناه قتله عمدا بعد تعديل الشهود وقضاء القاضي به والقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وهذا لان الشهود لما ظهروا عبيدا تبين أن القضاء به لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهذا جز فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية في ماله لان قضاء القاضي تنفذ ظاهرا وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الاباحة ولانه قتل شخصا على ظن أنه مباح الدم ثم ظهر بخلافه فصار كما اذا قتل مسلما على ظن أنه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم وانما تجب الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانها وجبت بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع وفي الكافي وان شهد أربعة على رجل بالزنا وأمر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطا على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ فلا شئ عليه معناه اذا لم يوجد الشهود عبيدا ولا كفارا وأما اذا وجدوا عبيدا أو كفارا فقد بيناه ولو رجمه كما أمر الامام ثم وجد الشهود عبيدا فالدية في بيت المال لان فعله بأمر القاضي فينتقل اليه بخلاف الحز لانه مخالف له ولهذا يؤدب فيه دون الاول قال رحمه الله (وان رجم فوجدوا عبيدا فديته في بيت المال) لانه فعل بأمر الامام فينتقل اليه وقد ذكرناه مرارا قال رحمه الله (ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) وقال بعضهم لا تقبل لاقرارهم على أنفسهم بالفسق لان النظر الى عورة الغير عمدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا وقع اتفاقا من غير قصد ونحن نقول يباح النظر ضرورة تحمل الشهادة وهو مأمور به شرعا قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقال تعالى فأشهدوا عليهن أربعة منكم ولا وجه الى التحمل الا بالنظر عمدا لانه قلما يتفق نظر الاربعة من غير قصد كالميل في المكحلة ولان التعمد فيه للحاجة جائز كالطبيب والخافضة والخاتن والقابلة والحاجة اليه هنا ثابتة لاقامة الحسبة وتقليل الفساد في العالم وأية حاجة أعظم منها فكانت أولى بالاباحة قال رحمه الله (ولو أنكر الاحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه رجم) ومعناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشروط فاذا جاءت امرأته بولد في مدة يتصور أن يكون منه جعل واطئا شرعا لان الشارع أثبت نسب الولد منه والحكم بثبوت نسب الولد منه حكم بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة وان لم يكن له ولد من حرة مسلمة عاقلة وأنكر الاحصان فشهد به عليه رجل وامرأتان تقبل ويرجم خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن لا تقبل في غير المال وتوابعه وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ

(قوله وهذا اذا أخبروا بالحرية) أي والاسلام اه كافي (قوله وقال تعالى فأشهدوا) التلاوة فاستشهدوا (قوله والخافضة) قال في الصحاح وخفضت الجارية مثل ختنت الغلام واختفضت هي والخافضة الخاتنة اه

عند

(قوله وكلها) الواو ليست فى خط الشارح اه (قوله فى هذه الحالة) أى بعد ظهور الزنا اه (قوله فى غير هذه الحالة) أى قبل ظهور الزنا اه

﴿باب حد الشرب﴾ قدم حد الزنا عليه لان المعصية فى الزنا أشد ولهذا كان حد الزنا مائة أو رجما فى الحر وحد الشرب ثمانون فى الحر وعند الشافعى أربعة كما فى العبد يحققه ماروى صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال قلت يارسول الله أى الذنب أعظم قال أن تجعل لله ندا وهو خلقك قال ثم أى قال ان تقتل ولدك خشية أن يأ كل معك قال ثم أى قال أن تزنى بحليلة جارك قال وأنزل تصديق النبى صلى الله عليه وسلم والذين لايدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون الآية وأخر حد القذف عن حد الشرب لتيقن الجريمة فى الشارب دون القاذف لانه يحتمل أنه صدق فى القذف بان يكون المقذوف زانيا ولهذا كان حد القذف أخف الجميع وتأخير حد السرقة لما أنه شرع لصيانة الاموال والمال تبع قاله الاتقانى وقال الكمال وأخر حد السرقة وان كان أشد لان شرعيته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بقى أنه أخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ماتكره (قوله فى المتن من شرب خمرا فأخذ وريحها موجود الخ) قال الكمال رحمه الله قوله ومن شرب الخمر فأخذ أى الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها (١) ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة أو سكران أى جاؤا به اليه سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك أى بالشرب فى الاول وهو عدم السكر منها وفى الثانى وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلابد من شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به وبالشرب أو يشهدا به فقط فيأمر القاضى باستنكاهه فيستنكه ويخبره بان ريحها موجود وأما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لايستلزم كونهم أخذوه فى حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعدما جعلنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لاتوجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا الان الحد لايجب عند أبى حنيفة وأبى يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد فى الثانى أن يشهدوا أنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا أقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة أو الاقرار ولم يتقادم العهد اه (قوله وشهد رجلان) وانما

عند وجود الاحصان فيضاف الحكم اليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمى زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لايقبل لما فيه من زيادة العقوبة بتكميل حد الاحرار وهذا لانه شرط فى معنى العلة لانه مكمل للعقوبة والمكمل كالموجب ولانه شرط والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى العلة وجوبا وضرر العقوبة لايثبت بالوجوب وانما يثبت بالوجود والاستيفاء فصار له حكم العلل ولنا أن الاحصان ليس بعلة عقوبة ولا سبب ولا شرط لان العلة ما يكون موجبا وهو ليس بموجب عقوبة وانما أوجبها الزنا والسبب ما يكون مفضيا وهو ليس بمفض بل هو مانع لان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة كلها تمنع عن القبائح والشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقاده علة على وجود الشرط ويكون الوجود مضافا اليه دون الوجوب كدخول الدار فى تعليق الطلاق والعتاق وأما الزنا قبل الاحصان لم يوجد بصورته حتى ينعقد علة لوجوب الرجم على وجود الاحصان ولا يضاف وجود الرجم اليه فكان علامة بمعنى أنه معرف لحكمه وهو الرجم اذا وجد منه الزنا والحكم غير مضاف الى العلامة لاوجوبا ولا وجودا ولا افضاء فعرف بذلك أنه غير مكمل للعقوبة فكانت الشهادة بالاحصان فى هذه الحالة بمنزلة الشهادة به فى غير هذه الحالة فلا يشترط فيها الذكورة بخلاف المستشهد به لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لايثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم أو يتضرر به ولا شهادة للكافر على المسلم فيما ينكره المسلم أو يتضرر به والاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وليس فيها شئ يوجب عقوبة أو ضررا وانما لاتقبل شهادة النساء فى شئ يوجب العقوبة ويستحيل أن يكون الاحصان موجبا للعقوبة بل هو أوصاف حميدة من الحرية والعقل والبلوغ والتزوج والاسلام كلها تنافى العقوبة بخلاف التزكية فانها مكملة للعلة فكانت بمنزلة علة العلة فلا يعتبر فيها قول النساء كالشهادة على الزنا وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها ولو قالوا دخل بها يكفى عندهما وقال محمد رحمه الله لايكفى ولا يثبت بذلك احصانه لان لفظة الدخول مشترك يستعمل فى الوطء وفى الزفاف وفى الخلوة والزيارة فلا يثبت به الاحصان بالشك كما لو شهدا أنه قربها أو أتاها ولهما أن الدخول متى أضيف الى المرأة بحرف الباء يراد به الجماع قال الله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن المراد الجماع وقال عليه الصلاة والسلام فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها أى جامعها وفى العرف اذا قيل فلان دخل بامرأته يراد به الوطء دون الخلوة واذا خلا بها يقال دخل عليها وهو بمعنى الزيارة ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت صار محصنا دونها وكذا لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة واذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده وان رجع شهود الاحصان لايضمنون خلافا لزفر رحمه الله وهو مبنى على ماتقدم من أنه هل هو شرط مكمل للعلة وهو الزنا أولا والله أعلم بالصواب

﴿باب حد الشرب﴾

قال رحمه الله (من شرب خمرا فأخذ وريحها موجود أو كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان أو أقر مرة

---

(١) قوله ويعرف كونه الخ كذا بالاصل ولعل فى الكلام تحريفا فحرر اه مصححه

قلنا وشهد رجلان لان شهادة النساء مع الرجال لا تكون مقبولة لانها مورثة للشبهة اه رازى قال فى الكافى ولا تقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان اعتبر شهادة النساء مع الرجال عند عدم نصاب الرجال ولم يرد حقيقته فأورث شبهة وتهمة الضلال والنسيان لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى اه (قوله وهو الحد فائدته) أى لان المقصود من الحد الانزجار ولا يحصل الانزجار اذا حد فى حال السكر لعدم الاحساس بألم الحد اه اتقانى (قوله والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة المحرمة) أى لان السكر من المباح كالبنج ولبن الرماك لا يوجب الحد اه (قوله واحترز بقوله أو أقر مرة عن قول أبى يوسف) أى وزفر اه اتقانى (قوله فانه يشترط الاقرار مرتين) أى فى مجلسين اه اتقانى (قوله أو شهدا بعد) بعد ظرف للفعلين قبله اه (قوله فانه يقدر التقادم بمضى الزمان) اعلم أن التقادم فى الحدود الا فى حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق الا أن فى تقديره اختلافا فعند أبى حنيفة هو على ستة أشهر أو على ما رآه الامام وعند محمد بشهر هذا فى غير حد الشرب وقدر محمد فيه أيضا كما فى حد الزنا والسرقة بشهر اه اتقانى (قوله كما فى الزنا وغيره) أى لان وجود الرائحة لا يصلح دليلا لانه قد توجد رائحته من غير الخمر وقد يتكلف لزوال الرائحة مع بقاء الخمر فى البطن اه رازى (قوله ولا يبطل بالتقادم) قال الاتقانى أما الاقرار بالشرب فالتقادم لا يبطله عند محمد كما لا يبطله فى حد الزنا بالاتفاق وعند أبى حنيفة وأبى يوسف (١٩٦) يبطله التقادم كما تبطل الشهادة والقياس ما قال محمد لان الانسان لا يتهم فى الاقرار على نفسه وانما يتهم فى الشهادة بعد تطاول العهد وذكر فى نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا عظيم عندى من القول أن يبطل الحد بالاقرار وأنا أقيم الحد عليه وان جاء بعد أربعين عاما أنه كان شرب النبيذ وسكر تقادم أو لم يتقادم وجد ريحها أو لم يوجد ولهما أن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا يصح اجماعهم بدون رأى ابن مسعود رضى الله عنه وقد اعتبر هو قيام الرائحة لاقامة الحد فان قلت الشرط يوجب وجود الحكم عند وجوده ولا يوجب العدم عند عدمه قلت عدم الحكم عند عدم الرائحة لا باعتبار أن عدم الشرط أوجب عدم الحكم بل لعدم الاجماع على الحد على ذلك التقدير لان اجماعهم لا يصح بدون رأى ابن مسعود وهو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة والمذهب عندى فى الاقرار ما قال محمد لما بينا وحديث ابن مسعود أنكره بعض أهل العلم كذا قال أبو عبيدة لان الاصل فى الحدود اذا جاء صاحبها مقرا بها الرد والاعراض وعدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقر ماعز فكيف يأمر ابن مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره فلو صح فتأويله أنه جاء فى رجل مولع بالشراب مدمن فاستجازه لذلك اه ورجح الكمال أيضا قول محمد وقال فقول محمد هو الصحيح اه (قوله والرائحة قد تكون من غيره) قال الكمال فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه أى هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا أنه ستة أشهر أو مفوض الى رأى القاضى أو شهر وهو المختار وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لى إنكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وانكه بوزن امنع ونكه من بابه أى أظهر رائحة فمه فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شئ من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا أنها لا تلتبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق فى الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخيرا يعد تفريطا وذلك منتف فى تقدير يوم ونحوه وبه تذهب

حد ان علم شربه طوعا وصحا) لحديث أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين قال وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه وقال عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه الى أن قال فى الرابعة فاقتلوه رواه أبو داود وغيره قال الترمذى انما كان هذا فى أول الامر ثم نسخ لانه عليه الصلاة والسلام أتى برجل قد شرب الخمر فجلده ثم أتى به فجلده الى أن جلده أربع مرات ورفع القتل رواه أبو داود والترمذى بمعناه وقال عليه الصلاة والسلام فى السكران ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه أبو داود وأحمد وغيرهما وقال الزهرى فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسكران فى الرابعة فخلى سبيله وشرط أن يكون شربه طوعا لان الشرب مكرها لا يوجب الحد وشرط أن يكون صاحيا ليفيد الضرب وهو الحد فائدته والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة المحرمة على ما يجىء فى موضعه ان شاء الله تعالى واحترز بقوله أو أقر مرة من قول أبى يوسف فانه يشترط الاقرار مرتين اعتبارا بالشهادة كما فى الزنا قلنا ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قال رحمه الله (فان أقر أو شهدا بعد مضى ريحها لا لبعد المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله لا) أى لا يجب عليه الحد فى هذه الصور كلها أما اذا أقر بعد ذهاب رائحتها أو شهد عليه الشاهدان بذلك فالتقادم وهو مقدر به وهو زوال الرائحة عندهما خلافا لمحمد رحمه الله فانه يقدر التقادم بمضى الزمان ان كان ذلك بالشهادة كما فى الزنا وغيره من الحدود وان أقر به يصح مطلقا ولا يبطل بالتقادم اعتبارا بما ذكرنا من الحدود وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قال الشاعر

يقولون

يقولون لى إنكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

ولهما قول ابن مسعود رضى الله عنه فيمن شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وعن عمر رضى الله عنه أنه أتى برجل قد شرب الخمر بعد ماذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده ولا يقال هذا استدلال بنفى الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد لانا نقول لا بل هو استدلال بعدم الاجماع لان ثبوت هذا الحد كان باجماع الصحابة وكان اجماعهم برأى عمر وابن مسعود وقد شرطا فيه الرائحة ولا اجماع عند عدم الرائحة ومطلق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه أيضا باجماعهم ولان قيام الاثر من أقوى دلائله على القرب فيقدر به بخلاف غيره من الحدود لعدم الاثر فيها فيتعذر اعتباره والتمييز ممكن لمن يعرف وانما يشتبه على الجهال وكونه مقرا لا ينافى التأكيد باشتراط الرائحة كما لا ينافى التأكيد فى الزنا باشتراط التكرار ثم الرائحة يشترط وجودها عند التحمل حتى لو أخذوه وريحها يوجد فيه ثم انقطع قبل أن ينتهوا به الى الامام لبعد مسافة يجب الحد ومنه احترز بقوله بعد مضى ريحها الا لبعد مسافة ولو جاؤا به سكران يشترط فيه وجود الرائحة لما ذكرنا ذكره فى النهاية وأشار فى الهداية الى أنه لا يشترط وأما اذا وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها فلانه يحتمل أنه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة محتملة أيضا فلا يجب الحد بالشك وكذا اذا وجد سكران لا يحد لاحتمال ما ذكرنا ولاحتمال أنه سكر من المباح وأما اذا رجع عن الاقرار فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود وهذا لانه يحتمل أن يكون صادقا فصار شبهة والحدود تدرأ بها وأما اذا أقر وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب وفى اقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا والشرب ونحوهما الا أنه يقبل اقراره فى السرقة فى حق المال لانه من حقوق العباد ولان السكران لا يكاد يثبت على شئ فأقيم السكر مقام الرجوع فيما يحتمل الرجوع بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص وغيرهما من حقوق العباد لانه لا يحتمل

الرائحة اجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثورى عن يحيى بن عبد الله التيمى عن جابر عن أبى ماجد الحنفى قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى ورواه اسحق بن راهويه ودفع بان محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا عند قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم قيام الرائحة وقت أدائها بل ولا اقرار وانما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة والتحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك وهما بتاءين منقوطتين من فوق وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التى كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل له ما فى الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال ما هكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب الكتاب فضربه الحد وأخرج الدارقطنى بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه رائحة الخمر وفيه لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عند وجود الرائحة مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعى ورواية عن أحمد والاصح عن الشافعى وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكر عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه أصح اه مع حذف (قوله يقولون لى إنكه شربت مدامة البيت) روى بكلمة قد وهى رواية المطرزى فى المغرب وبدونها وهى رواية الفقهاء فعلى الاول تسقط الهمزة للوصل من انكه فى اللفظ وعلى الثانى تحرك بالكسر لضرورة الشعر ويجوز تحريك همزة الوصل فى الحشو اه اتقانى (قوله ومطلق) جواب سؤال مقدر اه (قوله والتمييز ممكن) أى بين الروائح اه (قوله لبعد مسافة يجب الحد) أى فى قولهم جميعا اه اتقانى ولا يكون التقادم مانعا عن قبول الشهادة لان تأخير الشهادة حينئذ عن عذر فلا يتهمون فى التأخير كما فى سائر الحدود اذا أخروا الشهادة لبعد المسافة تقبل شهادتهم لعدم التهمة فكذا هنا اه اتقانى (قوله وأما اذا أقر وهو سكران) اعلم أن السكران اذا أقر على نفسه بشئ من الحدود لا يؤخذ به الا حد القذف بيانه أن السكران اذا أقر على نفسه بالحدود الخالصة لله تعالى نحو حد الزنا والشرب والسرقة لا يؤاخذ بما أقر ولا يحد لان كلامه هذيان يحتمل الكذب ومع احتمال الكذب لا يحد لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها الا أنه يضمن المسروق لانه حق العبد ولو أقر بحد فيه حق العبد كحد القذف أو أقر بقصاص على نفسه أو بطلاق أو بعتاق صح اقراره الا أنه يحد حد القذف اذا صحا وهذا لانه يؤاخذ بحقوق العباد وفى حد القذف حق العبد ولهذا لا يبطل بالتقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار ولا يقام بدون دعوى المقذوف اه اتقانى قال الكمال وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران كالصاحى فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه أدخل الآفة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغى أن يكون معناه انه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف فى الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد

الرجوع وبخلاف ما اذا زنى أو سرق أو شرب فى حالة السكر حيث يجب عليه الحد لان الانشاء لا يحتمل الكذب فيعتبر فعله فيما ينفذ من غير قصد واعتقاد بخلاف ارتداده حيث لا يعتبر ولا تبين منه امرأته لعدم القصد والاعتقاد وهو شرط فيه وعند أبى يوسف ارتداده كفر ذكره فى الذخيرة ولو أسلم ينبغى أن يصح كاسلام المكره وهذا اذا سكر بالمحرم وأما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء فلا تعتبر تصرفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية ثم بين حد السكران بقوله بان زال عقله وهو أن لا يعرف الارض من السماء ولا الرجال من النساء ولا يعرف شيأ وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو من يهذى ويخلط جده بهزله لانه هو السكران فى العرف ألا ترى الى ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون سوطا وله أن الحد عقوبة فتعتبر النهاية فى سببه احتيالا للدرء ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلب التمييز أصلا وما دونه لا يخلو عن شبهة الصحو ألا ترى الى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون عبر عن الصحو بعلم ما يقولون فكان السكر ضده وهو عدم العلم بما يقولون وعلى قولهما أكثر المشايخ والمعتبر القدر المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالاتفاق للاحتياط فى الحرمات وعند الشافعى رحمه الله المعتبر ظهور أثر السكر فى مشيه وحركاته وأطرافه وهذا مما يختلف بالاشخاص فان الصاحى ربما يتمايل فى مشيه والسكران قد لا يتمايل ويمشى مستقيما قال رحمه الله (وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا) وقال الشافعى رحمه الله أربعون لما روينا فى أول الباب من حديث أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بالجريد والنعال وضرب أبو بكر أربعين متفق عليه وعن على رضى الله عنه أنه أمر أن يضرب شارب الخمر أربعين ولنا قول على رضى الله عنه أنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة رواه الدارقطنى ومالك بمعناه وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم وما رواه كان بجريدتين فنعلين فيكون كل ضربة بضربتين فكان حجة لنا والذى يدل على هذا قول أبى سعيد رضى الله عنه جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر بنعلين فلما كان فى زمن عمر رضى الله عنه جعل بدل كل نعل سوطا رواه أحمد والجريدتان فيما روى عنه عليه الصلاة والسلام منصوص عليهما وفى الصحيح أن عثمن أمر عليا أن يجلد الوليد ثمانين وفى رواية أربعين ويتوجه الجمع بينهما بما رواه أبو جعفر محمد بن على أن على بن أبى طالب جلد الوليد بسوط له طرفان رواه الشافعى رحمه الله فى مسنده وكل ما ورد فى هذا الباب من ضربه أربعين سوطا محمول على ذلك ولهذا جلده عمر رضى الله عنه ثمانين بعد ما استشار الناس قال رحمه الله (وللعبد نصفه) لما روى عن ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد فى الخمر فقال بلغنى أن عليه نصف حد الحر وأن عمر وعثمن وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف الحد فى الخمر رواه مالك فى الموطا ولان الرق منصف على ما عرف من قبل قال رحمه الله (وفرق على بدنه كحد الزنا) لان تكرار الضرب فى موضع واحد قد يفضى الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا ويتوقى المواضع التى استثناها فى حد الزنا لما ذكرنا هنالك وينزع عنه الفرو والحشو لانهما يمنعان ايصال الالم بالبدن ويجرد عن ثيابه فى المشهور عن أصحابنا مبالغة فى الايلام لان سببه متيقن به كحد الزنا بخلاف حد القذف لان سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه

باقراره بالسكر اه (قوله حيث يجب عليه الحد) أى بعد الصحو اه كاكى (قوله ولا تبين منه امرأته) قال الكمال لان الكفر من باب الاعتقاد أو الاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضى أن السكران الذى لا تبين امرأته هو الذى لا يعقل منطقا كقول أبى حنيفة فى حده والظاهر أنه كقولهما ولهذا لم ينقل خلاف اه (قوله فتعتبر النهاية فى سببه احتيالا للدرء) ألا ترى أن فى الزنا تعتبر المخالطة كالميل فى المكحلة وفى السرقة يعتبر الاخذ من الحرز التام فكذا هنا اعتبر أقصى غايات السكر وهو أن يبلغ مبلغا لا يعرف الارض من السماء والرجل من المرأة واذا لم يبلغ هذا المبلغ فى غير الخمر من سائر الاشربة المحرمة لا يحد لان السكر ناقص وفى النقص شبهة العدم بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر أصلا لان حرمتها قطعية لا اجتهادية اه اتقانى (قوله وعلى قولهما أكثر المشايخ) قال الكمال وانما اختاروا الفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ فى أسباب الحدود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التى عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هى سكر اه (قوله ويمشى مستقيما) أى فلا معنى لاعتباره اه هداية (قوله فى المتن وحد السكر) والسكر بضم السين وسكون الكاف كذا السماع أى حد الخمر كيفما شربها قليلا أو كثيرا بعد أن كان عن طوع فان حرمتها قطعية يجب الحد بشرب قطرة منها بلا اشتراط السكر وحد السكر فى غير الخمر فان فى غير الخمر لا يجب الحد ما لم يسكر لان حرمتها اجتهادية اه اتقانى (قوله ثمانون سوطا) أى وهو مذهب مالك وأحمد وعن اه اتقانى (قوله فى المتن وفرق على بدنه) أى وانما يفرق الضرب لان الحد يراد به الطهرة من الذنب وجميع الاعضاء تحتاج الى التطهير بخلاف الاشياء المستثناة فان الضرب على الوجه يورث المثلة وهى منهية والضرب على الفرج والرأس يخاف منه الهلاك والحد زاجر لا متلف اه اتقانى (قوله بخلاف حد القذف) أى فانها لا تنزع اه

(قوله وعن محمد) أي في ظاهر الرواية اه اتقاني

﴿باب حد القذف﴾

قد ذكر وجه المناسبة في أول باب حد الشرب قال الكمال وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هن يارسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيامة ليدخل من أي أبواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غيره لا يجب الحد بل التعزير وفي النص اشارة اليه أي الى أن المراد الزنا وهو اشتراط أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص القطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار ما نسب اليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد اه (قوله وهو ثمانون جلدة) يعني في الحر لان القاذف اذا كان عبدا فحده أربعون وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان الرق منصف على مامر اه اتقاني (قوله في المتن فلو قذف محصنا أو محصنة بزنا) قال الهداية بصريح الزنا قال الاتقاني بان قال لمحصن يا زاني أو لمحصنة أو قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا أو لست لابيك وأمه حرة مسلمة اه والاصل فيه ما قال في شرح الطحاوي أن من قذف أحدا بفعل يوجب الحد على المقذوف لو ظهر ذلك منه فاذا لم يظهر ذلك بقول القاذف فيجب الحد ثمانون جلدة اذا كان حرا وأربعون اذا كان عبدا سواء كان القاذف رجلا أو امرأة بعد أن يكون من أهل العقوبة وان لم يكن من أهل العقوبة فلا حد عليه كالصبي والمجنون ولو لم يكن الفعل موجبا للحد على المقذوف لو ظهر ذلك فلا يجب الحد على القاذف ويجب التعزير اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكمال وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال أنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زني فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال لست أمي بزانية أو أبي فانه لا يحد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن ابن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت في الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه وأما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال ان امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وأورد ان الحديث يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وو روده باعتبار المفهوم وليس حجة في الروايات وأجيب بأنه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيظهر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت

وعن محمد رحمه الله أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لعدم ثبوته بدليل مقطوع به بخلاف حد الزنا قلنا أظهرنا التخفيف من حيث العدد حيث أوجبنا عليه أقل الحدود عددا وأخف من حد الزنا وصفا فلا يخفف ثانيا بترك التجريد والله أعلم بالصواب

﴿باب حد القذف﴾

وهو في اللغة عبارة عن الرمي مطلقا ومنه القذافة والقذيفة للمقلاع والتقاذف الترامي وفي الشرع رمي مخصوص وهو الرمي بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان المقذوف وعجز القاذف عن اثباته بالبينة ولو قال لي بينة حاضرة في المصر أمهله القاضي الى آخر المجلس وعن أبي يوسف أنه يؤخره الى المجلس الثاني وجه الظاهر أن السبب قد تحقق وبالتأخير يتضرر المقذوف بالعار وفي المجلس لا يعد تأخيرا كتأخيره الى أن يحضر الجلاد ولو شهدوا عليه بزنا متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا والقياس أن يحد لان الزنا لم يثبت به وجه الاستحسان أن الشهادة وجدت حقيقة وانما ردت للتهمة فتعتبر الدرء عن الزاني لا للوجوب على القاذف كشهادة الفساق قال رحمه الله (هو كحد الشرب كمية وثبوتا) أي حد القذف كحد الشرب عددا وهو ثمانون جلدة وكذا ثبوتا حتى يثبت كل واحد منهما بشهادة رجلين ولا تقبل فيهما شهادة النساء لان شهادتهن لا تقبل في الحدود على ما مر في حد الزنا قال رحمه الله (فلو قذف محصنا أو محصنة بزنا حد بطلبه مفرقا) أي بطلب المقذوف مفرقا على أعضاء القاذف لقوله تعالى

القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربى أو النبطى أو الفارسى أو غير ذلك فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو ببعير أو ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال لها زنيت بناقة أو ثور أو أتان أو دراهم حيث يحد لان معناه زنيت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال فى فرجها ولو قيل هذا الرجل لم يحد لانه ليس العرف فى جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة والجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد بقوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهدنى رجل أنك زان لانه حاك للقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى من فلان أو أزنى الزناة لان أفعل فى مثله يستعمل للترجيح فى العلم فكأنه قال أنت أعلم به (٢٠٠) وسيأتى خلافه فى فروع نذكرها ان شاء الله تعالى اهـ كلام الكمال (قوله فلما نزل أمر برجلين وامرأة فضربوا حدهم) والرجلان هذان حسان بن ثابت ومسطح بن أثاثة والمرأة حمنة بنت جحش اهـ زركشى (قوله دفع العار عن نفسه) فاذا لم يطالب المقذوف فقد ترك حقه فلا يستوفى الحد حينئذ اهـ أتقانى (قوله فى المتن ولا ينزع غير الفرو والحشو) أى الثوب المحشو اهـ فتح (قوله لانهما يمنعان وصول الالم) قال الكمال ومقتضاه أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذى يصلح زاجرا اهـ (قوله لان سببه) أى سبب حد القذف وهو كذبه فى النسبة الى الزنا اهـ (قوله فى المتن واحصانه) أى المقذوف اهـ (قوله أى العفائف) قال الكمال وفى شرح الطحاوى فى العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا الوطء فى غير الملك أو وطء جارية فى مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها فى الملك الا أنه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأة فى الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع ولو مس امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه اهـ لفظه وانما لم يسقط احصانه عند أبى حنيفة فى بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها اهـ (قوله فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا) أى فلا يجب على قاذفه الحد اهـ (قوله فى المتن لست لابيك أو) ليس هذا

والذين يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمى بالزنا باجماع العلماء وفى الآية اشارة اليه حيث شرط أربعة شهداء وهو من خصائص الزنا والنص وان ورد فى المحصنات لكن الحكم يثبت فى المحصنين أيضا لان المعنى وهو دفع العار يشملهما فكان متناولا لهم دلالة وعليه الاجماع وقد روى عن عائشة رضى الله عنها لما أنزلت الآية قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلا الآية فلما نزل أمر برجلين وامرأة فضربوا حدهم رواه أبو داود والترمذى وغيرهما وكانوا قاذفين لعائشة رضى الله عنها وان لم يصرح القاذف بالزنا بأن قال جامعت فلانة حراما أو فجرت بها ونحوه لا يجب عليه الحد لان الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد ولا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح فى الزنا لاحتمال أن يكون من غيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة أمه الى الزنا بطريق الاقتضاء والمقتضى اذا ثبت يثبت ما هو من ضروراته فيجب الحد اذ الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة وشرط طلبه لان فيه حقه و ينتفع به على الخصوص من حيث دفع العار عن نفسه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى وانما يفرق على بدنه لما ذكرنا فى حد الشرب ولا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقاء أو مجبوبا لا يجب عليه الحد لانهما لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين وكذا قذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه قال رحمه الله (ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو) لانهما يمنعان وصول الالم فينزعان ولا ينزع غيرهما اظهارا للتخفيف لان سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه فلا يقام على الشدة ولانه ظهر التشديد عليه من وجه آخر وهو رد شهادته فيخفف عنه من هذا الوجه كيلا يلزم الاجحاف به بخلاف حد الزنا والشرب لان سببهما متيقن به وليس فيهما شئ آخر غير الجلد فيشدد عليهما بالتجريد وبزيادة وصف الشدة فى الضرب قال رحمه الله (واحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن زنا) وأراد بالمكلف أن يكون بالغا عاقلا لان الصبى والمجنون لا يتصور منهما الزنا اذ الزنا فعل محرم وذلك بالتكليف ولانهما لعدم عقلهما أو لقصوره لا يقفان على عواقب الامور فلا يلحقهما الشين به والعقل زاجر عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة وكماله بالبلوغ فلا بد منه ولفظ الاحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أى الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات أى الحرائر والكافر ليس بمحصن لقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن و ينتظم العفة أيضا قال الله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب أى العفائف وقيل الحرائر ولان المقذوف اذا لم يكن عفيفا يكون القاذف صادقا فيه والصدق لا يوجب الحد فعند اجتماع جميع ما ذكرنا يجب الحد فيكون الكل وهى خمس شرائط داخلا تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا قال رحمه الله (ولو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان

في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه ثم انما قيد بقوله لست لابيك لانه اذا قال لست لامك لا يحد وبه صرح في التحفة وذلك لانه صدق لان النسبة الى الآباء لا الى الامهات اه اتقاني (قوله في غضب) ظاهر عبارة الهداية أنه قيد في المسئلة الثانية خلاف الاولى وفي الدراية وقيل يشترط في هذه المسئلة الغضب كما في المسئلة التي تجيء اه قال في النقاية من قذف محصنا أي حرا مسلما عفيفا عن الزنا بصريحه أو بلست لابيك أو لست بابن فلان بغضب وهو أبوه حد ثمانين سوطا قال الشمني وقوله في غضب قيد في هذه المسئلة والتي قبلها اه (قوله أو بالوطء بالشبهة) قال الاتقاني فان قلت ينبغي أن لا يجب الحد على القاذف بقوله لست لابيك لان هذا اللفظ

في غضب حد) يعني اذا كانت أمه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه اذا كان من غير أبيه المنسوب اليه كان من الزنا ضرورة اذ لا نكاح لغير أبيه ولا يعتبر احتمال كونه من غيره بالنكاح أو بالوطء بالشبهة لان ذلك احتمال بعيد فلا يصار اليه ولو اعتبر مثله لما وجب الحد أبدا وفيه آثر ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة أو نفي رجل من أبيه وشرط أن يكون في غضب لانه في غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة أي أنت لا تشبه أباك في المروءة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفي حالة الغضب يراد به الحقيقة فيحد وعلى هذا لو قال انك ابن فلان لغير أبيه يحد اذا كان في حالة المشاتمة لان غرضه نفي نسبه ونسبة أمه الى الزنا وان كان في حالة الرضا لا يحد لان غرضه أن أخلاقه تشبه أخلاق ذلك الشخص فكأنه ابنه فلا يكون قاذفا والقياس أن لا يكون قذفا في الاحوال كلها لما ذكرنا من الاحتمال ولكن أوجبناه استحسانا في حالة الغضب لما ذكرنا من الاثر بخلاف ما اذا نفي الولادة عن أبويه بأن قال لست بابن فلان ولا فلانة حيث لا يجب عليه الحد في الاحوال كلها لانه ليس فيه قذف أمه لا لفظا ولا اقتضاء لان نفي الولادة نفي للوطء وفيه نفي الزنا لا اثباته قال رحمه الله (وفي غيره لا كنفيه عن جده وقوله لعربي يا نبطي ويا ابن ماء السماء ونسبته الى عمه وخاله ورابه) أي في غير الغضب لا يجب الحد كما لا يجب بنفيه عن جده الى آخر ماذكر والمراد برابه من رباه وهو زوج أمه فهذه الجملة كلها لا تكون قذفا لما نبين كل واحد منها على الانفراد أما اذا قال في غير حالة الغضب لست لابيك ونحوه فلما ذكرنا وأما اذا نفاه عن جده فلانه صادق في كلامه فانه ابن أبيه لا ابن جده وأما اذا قال لعربي يا نبطي فلانه يراد به التشبيه في الاخلاق وعدم الفصاحة فلا يكون قذفا ألا ترى أنه يقال للمصري أنت رستاقي وأنت قروي ويراد به ما ذكرنا لا القذف وقال ابن أبي ليلى هو قذف فيحد به لانه نسبه الى غير أبيه والحجة عليه ما بيناه وروي عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه وعلى هذا الخلاف لو نسبه الى قبيلة أخرى غير قبيلته التي ينسب اليها هو أو نفاه عن قبيلته وأما اذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فلانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء وكان عامر بن حارثة يلقب بماء السماء لكرمه وقالوا بأنه كان يقيم ماله في القحط مقام القطر وسميت أم المنذر بن امرئ القيس بماء السماء لحسنها وجمالها وقيل لاولادها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق وأما اذا نسبه الى عمه أو خاله أو مربيه فلانه ينسب اليهم عادة مجازا وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب عليه الحد لهذا المعنى قال الله تعالى حكاية عن اسرائيل وبنيه عليهم الصلاة والسلام حين حضرته الوفاة قالوا نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق وابراهيم كان جده واسحق أباه واسمعيل عمه وقال تعالى ورفع أبويه على العرش يعني أباه وخالته وقال عليه الصلاة والسلام الخال أب وقال تعالى حكاية عن نوح عليه السلام ان ابني من أهلي قيل انه كان ابن امرأته ونسبته الى المربي في الكتاب دون زوج الام تشير الى أن العبرة فيه للتربية لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه

يشبهه لجواز أن يراد به لست لابيك لان أمك وطئت بشبهة أو نكاح فاسد ولا حد على من قذف من وطئ بشبهة أو نكاح فاسد لانه يسقط احصان الواطئ بذلك قلت انما وجب الحد لان الامة اجتمعت على صحة هذا القذف ووجوب الحد به لان الشتم انما يكون في عادات الناس بنفي النسب بالزنا لا في غيره من الوطء بشبهة ونحوه فيثبت أن معنى قوله لست لابيك أمك زانية فيحد القاذف اذا كانت هي محصنة اه (قوله بخلاف ما اذا نفي الولادة عن أبويه) قال الكمال وأما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يأتي فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما اذا قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر اه (قوله يا نبطي) قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون سواد العراق قال الفرزدق في هجو وطيء

هم نبط من أهل حوران نصفهم * ومن أهل عين التمر كانت سطورها

وفسر الفقيه أبو الليث النبطي برجل من غير العرب في كتاب العتاق اه في شرح الجامع الصغير وذكر عبد الله بن أحمد المالقي في تفسير المقالة الثالثة من كتاب ديسقوريدوس وبلاد الجرامقة هي بلاد النبط وهي في بلاد الرها والموصل والجزيرة فيما وصفه بعض المؤرخين الى هنا لفظه اه اتقاني (قوله وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب عليه الحد) قال الكمال لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفي بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده اه (قوله اسرائيل) أي يعقوب اه (قوله وقال تعالى ورفع أبويه الخ) قال الزمخشري والبيضاوي في قوله تعالى لا جناح عليهن في آبائهن ولا أبنائهن انما لم يذكر العم والخال لانهما بمنزلة الوالدين اه (قوله قيل انه كان ابن امرأته) يؤيده قراءة علي كرم الله وجهه ونادى

وح ابنها اه كشاف (قوله فى المتن ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة) أى محصنة قال الاتقانى وانما قيد بكون الام محصنة لان الحد لا يجب على قاذف غير المحصن لان الله تعالى شرط الاحصان فى الآية ثم الاحصان يثبت باقرار القاذف أو بالبينة والبينة رجلان أو رجل وامرأتان عندنا خلافا لزفر فانه يشترط رجلين وقدمر بيانه قبيل باب حد الشرب فان أنكر القاذف وعجز المقذوف عن البينة لا يستحلف القاذف والقول قوله لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يثبت احصانها بالظاهر اه (قوله لوقوع القدح) أى الطعن اه (قوله فيحد بطلبهم الخ) هل للاصول أو الفروع مطالبة قاذف الميت بغير الزنا بان قال كان سارقا أو فاسقا ونحوه هل لهم المطالبة بالتعزير ذكرها فى آخر القنية فى المسائل التى لم يوجد فيها نص ولا جواب شاف اه (قوله وهم الاصول والفروع) فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقذف الرجل وهو ميت قال لا يأخذ بالحد الا الوالد والولد قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير يعنى الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل وذلك لان الجد يسمى أبا وولد الولد يسمى ابنا وليس للاخ والاخت والعم أن يأخذوا بالحد وعند الشافعى تثبت المطالبة لكل وارث لان (٢٠٢) حد القذف للميت عنده بطريق الارث وعندنا تثبت المطالبة لمن يقع القدح فى نسبه بطريق الاصالة كأنه هو المقذوف لا بطريق الارث لان حد القذف لدفع العار والعار انما يتصل بالحى بقذف الميت اذا كان بينهما جزئية كالوالد والولد والاولا ولهذا صار الوالد والولد بمنزلة شئ واحد حيث لا تجوز شهادة أحدهما للآخر بخلاف شهادة الاخ للاخت وبالعكس فانها جائزة ولهذا اقتصرت حرمة المصاهرة بالزنا على قرابة الولاد دون سائر الاقارب فلما كان حق المطالبة بطريق الاصالة لقرابة الولاد كان الوارث وغير الوارث سواء وكذا الاقرب والابعد سواء ألا ترى الى ما قال فى شرح الطحاوى ولو قذف ميتا وجب الحد على القاذف وللوالدين والمولودين أن يخاصموا سواء كان الولد أو الوالد وارثا أو لم يكن ولا يعتبر فى ذلك الاقرب بموته فالاقرب والابعد فى ذلك سواء وان عفا بعضهم فللباقين أن يخاصموا لان النقيصة تلحق بهم اه اتقانى (قوله وغير ذلك من الاحكام) يعنى ومنها ليس له أن يبيع ما اشتراه منهم مرابحة من غير بيان كذا بخط الشارح اه (قوله له أن يطالب) يعنى اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن فى حال حياة المقذوف اه (قوله بان قذف نفسه) أى بان قذف انسان نفس الابن الكافر أو الابن العبد لا يجب الحد لعدم الاحصان لكفره أو رقه اه (قوله بخلاف الكفاءة) قال الكمال وأما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتبهم فى ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك اه (قوله ولا يثبت لغيره فيه حق مع وجوده) قال الكمال رحمه الله لكن لحوقه لهما بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات فهو الاصل فى ذلك فهو الاصل فى الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب الغير عوجبه الا عند اليأس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا فكذا لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن أبى ليلى ولانه يجوز أن يصدقه الغائب وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه أبو الليث وفى فتاوى قاضيخان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده أن يأخذ القاذف ويحده وولد الابن

وجب أن لا يحد قال رحمه الله (ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة فطلب الوالد أو الولد أو ولده) أى ولد الولد (حد) لانه قذف محصنة بعد موتها ولهؤلاء الذين ذكرهم مطالبة لوقوع القدح فى نسبهم بقذفها فيحد بطلبهم دفعا للعار عنهم ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه وهم الاصول والفروع لانهم يلحقهم العار بذلك وان علوا أو سفلوا لمكان الجزئية فكان القذف متناولا لهم معنى لان العار فوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالنفع الراجع الى نفسه ألا ترى أن ذلك يمنع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام وروى عن محمد أنه لا تثبت المطالبة لولد البنت لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبى أمه وجوابه ما ذكرنا أن الشين يلحقه اذ النسب ثابت من الطرفين ولهذا لو قذفت أمه كان له أن يخاصم ولو كان كما قاله لما خاصم فكذا له أن يخاصم بقذف أبيها اذ المعنى يشملهما ولو كان أصل المحصن أو فرعه كافرا أو عبدا فله أن يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه فلا يطالب بالحد كما اذا تناوله صورة ومعنى بان قذف نفسه بل أولى لانه أخف ولنا أنه من أهل الاستحقاق اذ الكفر أو الرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة محصن الى الزنا فله أن يأخذه بالحد بخلاف ما اذا قذف نفسه لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار على الكمال لانه يتحقق عند شرف المنسوب الى الزنا ويثبت لولد الولد مع قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الشين يلحقه فوق ما يلحق ولد الولد فصار هو معه كالمقذوف مع ولده فاعتبر هذا بالكفاءة فانه لا حق فى الخصومة للابعد مع الاقرب ولنا أن حق الخصومة باعتبار لحوق العار وهما فيه سواء بخلاف الكفاءة فان الحق فيه باعتبار الولاية على ما قاله عليه الصلاة والسلام الانكاح الى العصبات ولهذا لا يعتبر الارث فى القذف وهنا لا يعتبر بخلاف المقذوف حيث لا يكون لأحد معه حق لان حق الخصومة له باعتبار نيل القاذف من عرضه ولا يزاحمه أحد فى هذا المعنى ولا يثبت لغيره فيه حق مع وجوده خلافا لابن أبى ليلى فيما اذا كان المقذوف غائبا هو يعتبره

بموته والحجة عليه ما ذكرنا واعتباره بموته باطل لانه بالموت بطلت أهليته ولم ترج خصومته بخلاف ما اذا كان حيا ولا يثبت هذا الحق الا للوارث عند الشافعي رحمه الله حتى لا يكون لابنه الكافر والعبد وأولاد بنته المطالبة به وهذا مبني على أن الغالب فيه حق العبد عنده فيورث وعندنا حق الله تعالى وثبوت الخصومة للعبد باعتبار ما يلحقه من الشين كحد السرقة فانه حق الله تعالى ولصاحب المال الخصومة باعتبار المال قال رحمه الله (ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه) لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد أولى لعدم الشين بسببه وكونه حقا لله تعالى فيحتمل أنه صادق بالنسبة الى الزنا ولان ما يجب للعبد يكون حقا للمولى فلو وجب لوجب له على نفسه وهو محال ولو كان لها ابن من غيره أو أب ونحوه وليس بمملوك له فله أن يطالبه بالحد لوجود السبب وعدم المانع لان سقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين بخلاف القصاص والفرق بينهما أن القصاص حق العبد يستحقونه بالميراث ولهذا يثبت لجميع الورثة بقدر ارثهم فاذا أسقط حق بعضهم وهو لا يقبل التجزي سقط حق الباقين ضرورة وأما حد القذف فحق الله تعالى وانما للعبد حق الخصومة اذا لحقه به شين فيثبت لكل واحد منهم على الكمال فبسقوط حق بعضهم في الخصومة لا يسقط حق الباقين ولهذا كان للابعد منهم حق مع وجود الاقرب قال رحمه الله (ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو) يعني حد القذف يبطل بموت المقذوف ولا يبطل بالرجوع عن الاقرار ولا بالعفو وكذا بموته في أثناء الحد يبطل لان فيه حق الله تعالى وحق العبد فبالنظر الى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود وانما قلنا بأن فيه الحقين لانه من حيث انه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص صار حقا للعبد ومن حيث انه شرع زاجرا واخلاء العالم عن الفساد صار حقا لله تعالى ولهذا سمي حدا فلما تعارضت فيه الادلة تعارضت فيه الاحكام أيضا فمن حيث انه حق الله تعالى لا يباح القذف باباحته ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه ويتنصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل الى أن يثبت ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل ويشترط فيه احصانه ومن حيث انه حق العبد تشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار فاذا تعارض فيه الحقان كان المغلب فيه حق الله عندنا وعند الشافعي

وولد البنت سواء في ظاهر الرواية وقولا بأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جد أبو الاب ولا أم الام ولا عمة ولا مولاة اه قال الكمال فان قلت فقد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف في ذلك زفر عند وجود الاقرب فما وجه ما في قاضيخان اذا قال جدتك زان لاحد عليه قلنا ذلك للابهام لان في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة حد اه (قوله في المتن ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه) أي التي قذفها في حال موتها اه فتح قال الكمال بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وأمه ميتة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنه وان سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده الخ) قال الاتقاني وعلى هذا قالوا ليس للولد المطالبة بالحد اذا كان القاذف أباه أو جده وان علا أو أمه أو جدته وان علت اه (قوله ولو كان لها) أي لزوجته الميتة التي قال لولدها (٢٠٣) بعد موتها يا ابن الزانية ولدا آخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة اه (قوله حد القذف يبطل بموت المقذوف) وقال الشافعي لا يبطل اه فتح (قوله ولا يبطل بالرجوع الخ) أي لو عفا المقذوف لا يحد القاذف لا لصحة عفوه بل لترك طلبه حتى لو عاد وطلب يحد اه ابن فرشتا (قوله وكذا بموته في أثناء الحد يبطل) أي الباقي عندنا خلافا له بناء على أنه يورث عنده فيرث الوارث الباقي فيقام عليه وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد اه فتح (قوله وهو الذي ينتفع به على الخصوص) أي كالقصاص اه فتح (قوله ويستوفيه الامام دون المقذوف) أي بخلاف القصاص اه فتح (قوله ويتنصف بالرق) أي كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف اه كمال رحمه الله (قوله ولا يصح فيه العفو) أي فانه بعدما يثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه اه فتح قال في الشامل في قسم المبسوط لا يصح عفو المقذوف الا أن يقول لم يقذفني أو كذب شهودي لانه حق الله تعالى الا أن خصومته شرط ثم قال وعند أبي يوسف والشافعي يصح العفو اه اتقاني (قوله ويقيمه القاضي بعلمه) أي اذا علمه في أيام قضائه ولذا لو قذف بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل أن يستقضي ثم ولي القاضي ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده اه كمال رحمه الله واذا سمع انسانا يقذف انسانا وطولب بذلك عنده لا يحتاج المقذوف الى بينة بل يكفي علم القاضي وهو سماعه اه (قوله ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار) اعلم أن الرجوع عن الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة يصح لعدم المكذب أما في حد القذف وفيه الحقان لا يصح الرجوع بعد الاقرار لوجود المكذب وهو العبد ولانه حين أقر أن الحق

الشين بغيره ثم اذا رجع يكون ذلك ابطالا واسقاطا لحق الغير فلا يقبل اه اتقانى (قوله وقال صدر الاسلام أبو اليسر) يعنى البزدوى فانه ذكره فى مبسوطه اه (قوله الصحيح أن الغالب فيه حق العبد) قال أبو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الطحاوى أطلق محمد فى بعض المواضع أن حد القذف من حقوق الناس وأطلق فى بعضها أنه من حقوق الله تعالى قال والعبارتان صحيحتان أما قوله إنه من حقوق الناس فانما أراد أن المطالبة به من حقه لما لحقه من الشين بقذفه وتناوله من عرضه ولو لم يطالب لم يحد وقوله انه من حقوق الله تعالى أراد به نفس الحد لا المطالبة اذ ليس يمتنع أن يكون الحق لواحد والمطالبة به لآخر كالوكيل بالبيع يطالب وملك الثمن للآمر وكذلك المشترى اذا كان وكيلا فان قبض العبد اليه والملك للآمر اه اتقانى (قوله الى الامام) الذى بخط الشارح الامامة أى لمن ولى الامامة اه (قوله والرضا بالعار عار) قال فى الهداية والاول أظهر اه أى كون حق الله تعالى مغلبا أظهر من كون حق العبد مغلبا وعلى الاول عامة المشايخ اه اتقانى (قوله وهذا لان المهموز منه للصعود حقيقة) أى وقد أراد حقيقة كلامه فيصدق ولا يحد اه اتقانى (قوله قالت امرأة من العرب وارقأ الى آخر الشعر) وأول الشعر

أشبه أبا أمك أو أشبه جمل
ولا تكونن كهلوف وكل
يصبح فى مضجعه قد انجدل
وارقأ الى الخيرات الخ

الجمل بالجيم اسم رجل أبى حى من العرب وهو جمل بن سعد والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام الشيخ الهرم والكل العيال والانجدال السقوط اه كاكى وكتب على قوله قالت امرأة الخ ما نصه أى وهى ترقص ابنها وقوله وارقأ هكذا ضبطه الشارح بالقلم وقال فى مجمع البحرين فى المهموز رقأت الدرجة لغة من رقيت وأنشده فى مجمع البحرين فى مادة هلف وارق بناء على أنه معتل لا مهموز اه وقوله أو أشبه جمل أنشده فى مجمع البحرين فى مادة هلف أو أشبه عمل ثم قال وعمل اسم رجل وهو خاله تقول لا تجاوز نا فى الشبه اه (قوله ثم قال عنيت به الزنا فيما دون الفرج) أى ولو قال زنأت بدون الصلة فقال أبو يوسف ومحمد لا يكون قذفا بدون النية وبه قال الشافعى فى وجه وقال ابو حنيفة وأحمد هو قذف صريح لان العامة لا يعرفون به الا القذف اه كاكى

حق العبد لحاجته وغنى الشرع اذ هو الاصل فيما اجتمع فيه الحقان ونحن رجحنا جانب المقصود والاسم فان المقصود منه اخلاء العالم عن الفساد فكان فيه أمر كلى يرجع الى حق العامة فكان الغالب فيه حق الشرع وتسميته بالحد ينبئ عن ذلك ولهذا يشترط فيه الاحصان ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط ولا يستباح بالاباحة وما للعبد من الحق يكون داخلا فيه اذ المقصود واحد فأمكن مراعاته لان ما للعبد يتولاه مولاه ولا كذلك العكس لانه لا ولاية للعبد فى استيفاء حق الشرع وانما يقدم حق العبد فيما اذا اختلف الحقان ولم يمكن الجمع بينهما وهنا أمكن فلا حاجة اليه وعن أبى يوسف رحمه الله أن عفوه يصح لانتهاء الخصومة به لكونه قلنا هو حق الله على ما بينا فلا يصح عفوه فيطالب بعد ما ان شاء بخلاف موته حيث لا يطالب به أحد بعده لانه بقذفه ألحق العار بالمقذوف قصدا وبغيره من الاصول والفروع تبعا فاذا بطل حقه القصدى بالموت بطل الضمنى ضرورة وقال صدر الاسلام أبو اليسر الصحيح أن الغالب فيه حق العبد لانه هو المنتفع به على الخصوص وقد نص محمد فى الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص وأجاب عن الاحكام التى تدل على أنه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا فقال فى تفويض الاقامة الى الامام لان كل أحد لا يهتدى الى الاقامة وانما لا يورث لكونه مجرد حق كحق الشفعة وشرط الخيار وكذا لا يجوز الاعتياض عنه لهذا المعنى بخلاف القصاص لانه فى معنى ملك العين وانما لا يصح عفوه لانه مولى عليه فى حق الاقامة ولانه متعنت فى العفو لانه فى الحقيقة رضا بالعار والرضا بالعار عار والاظهر الاول قال رحمه الله (ولو قال زنأت فى الجبل وعنى الصعود حد) وقال محمد والشافعى رحمهما الله لا يحد لانه نوى ما يحتمله لفظه وهذا لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارقأ الى الخيرات زنأ فى الجبل * أى صعودا وذكر الجبل يقرره مرادا وحرف فى لا ينافى الصعود كما فى البيت وكما فى قوله تعالى كأنما يصعد فى السماء فأقل أحواله أن يورث الشبهة ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن ظاهر هذا اللفظ للفاحشة لا للصعود وان كان يستعمل فيهما فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر الجبل وهذا لان المهموز منه لا ينافى الفاحشة لان من العرب من يهمز الملين يقال دأبة وشأبة وابيأض لالتقاء الساكنين ومنهم من يهمز من غير التقاء الساكنين كما يلينون المهموز كراس وذم ولا فرق بين المهموز والملين ولهذا لو لم يعن به الصعود يجب الحد اجماعا ولو لم يكن قذفا أو كان محتملا لما وجب وذكر الجبل انما يعين الصعود اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولان المسئلة مفروضة فى حالة الغضب والسباب ودلالة الحال ترجح جانب الفاحشة واستعمال كلمة فى بمعنى كلمة على مجاز كقوله تعالى ولاصلبنكم فى جذوع النخل فلا تزاحم الحقيقة لانها الاصل فلا يصار الى المجاز مع امكانها ولا تسمع دعواه ذلك كما لو قال زنيت ثم قال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنأت على الجبل قيل يحد وقيل لا يحد لان كلمة على تستعمل فى الصعود وفى الكون فوقه يقال زيد على

الفرس

القرس وعليه قيص فيعتبر الظاهر أو المحتمل فى الحدود احتيالا للدرء قال رحمه الله (ولو قال يازانى وعكس حدا) يعنى لو قال لرجل يازانى وعكس الآخر بأن قال لا بل أنت يحدان جميعا لان كل واحد منهما قذف صاحبه أما الاول فظاهر وكذا الثانى لان معناه لا بل أنت الزانى لان كلمة بل للاضراب عن جعل الحكم للاول واثباته للثانى وزيدت لا معها للتأكيد معنى الاضراب فيصير قاذفا قال رحمه الله (ولو قال لامرأته يازانية وعكست حدت ولا لعان) يعنى عكست المرأة بأن قالت لا بل أنت على نحو ما ذكرنا فصار كل واحد منهما قاذفا لصاحبه على ما بينا فقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد فيبدأ بالحد لان فى بدايته فائدة وهو ابطال اللعان لان المحدود فى القذف ليس بأهل اللعان ولا ابطال فى عكسه أصلا لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانها لا يبطل باللعان والمحدود لا يلاعن لسقوط الشهادة به فيحتال لدفع اللعان اذ هو فى معنى الحد ولا يقال قد وجد ما يوجب تقديم الحد وهو قذفه لها سابقا على قذفها له لانا نقول لا عبرة بذلك ألا ترى أن الرجلين اذا تقاذفا يحدان من غير مراعاة الترتيب بيدأبه من بدأ بالقذف لعدم الفائدة فهذا نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامرأته يازانية بنت الزانية حيث صار قاذفا لها ولامها فقذفها يوجب اللعان وقذف أمها يوجب الحد فيبدأ بالحد لينتفى اللعان على ما بينا قال رحمه الله (ولو قالت زنيت بك بطلا) أى قالت ذلك جوابا لقوله يازانية وانما بطل الحد واللعان به لانه قذفها بقوله يازانية وهى صدقته من وجه بقولها زنيت بك لانه يحتمل انها أرادت به قبل النكاح فيكون ذلك تصديقا له منها بأنها زنت فيسقط اللعان لتصديقها اياه ويجب عليها الحد لانها قذفته ولم يصدقها هو ويحتمل أنها أرادت به حال قيام النكاح أى زناى هو الذى كان معك بعد النكاح لانى ما مكنت أحدا غيرك ولا حصل منى فعل الزنا وهو المراد فى مثل هذه الحالة لانه أغضبها وآذاها فتغضبه وتؤذيه متمسكة بقوله تعالى والزانية لا ينكحها الا زان وسمته زنا للمقابلة وان لم يكن زنا حقيقة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها أو كقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فعلى هذا لا تكون مصدقة ولا قاذفة له فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فاذا كان كل واحد منهما يجب فى حال دون حال لا يجب واحد منهما بالشك وعلى هذا لو قالت له ابتداء زنيت بك ثم قذفها هو لا يجب على واحد منهما الحد ولا اللعان لما ذكرنا من الاحتمال وكذا لو قالت زنيت معك بدل قولها زنيت بك للاحتمال الذى ذكرنا ويحتمل أيضا معنى آخر وهو أنى زنيت بحضورك وأنت تشهد فلا يكون قذفا له ولو قالت له زنيت بك قبل أن أتزوجك تحد المرأة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير أنها صدقته فبطل موجب قذفه ولم يصدقها هو فوجب موجب قذفها ولو كان ذلك كله مع امرأة أجنبية حدت المرأة دون الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذى ذكرناه مع الزوجة قال رحمه الله (وان أقر بولد ثم نفاه لاعن) لانه نفى ولد امرأته يوجب اللعان لما ذكرنا فى باب اللعان ولم يوجد ما يبطل ذلك من تصديق أو تفريق قال رحمه الله (وان عكس حد) أى قال عكس الاول بأن نفاه أولا ثم أقر بأنه ولده وانما يحد ولا يلاعن لانه لما أقر بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد لاكذابه نفسه وهذا لان اللعان حد ضرورى صير اليه للتكاذب فاذا بطل التكاذب بالاكذاب صير الى الاصل وهو الحد قال رحمه الله (والولد له فيهما) أى يثبت نسب الولد منه فى الوجهين لاقراره به سابقا أو لاحقا وليس من ضرورة اللعان نفى نسبه نظيره ما مر فى اللعان فيما اذا ولدت توأمين فأقر بأحدهما ونفى الآخر قال رحمه الله (ولو قال ليس بابنى ولا بابنك بطلا) أى بطل الحد واللعان لانه أنكر الولادة أصلا فيكون انكارا للزنا بل هو انكار للوطء فلا يجب بمثله حد ولا لعان ولهذا لو قال لاجنبى لست بابن فلان ولا فلانة وهما أبواه لا يجب عليه شئ قال رحمه الله (ومن قذف امرأة لم يدر أبو ولدها أو لاعنت بولد أو رجلا وطئ فى غير ملكه أو أمة مشتركة أو مسلما زنى فى كفره أو مكاتبا مات عن وفاء لا يحد) لوجود الشبهة أو لفقد شرطه من احصان

(قوله تقديم الحد) كذا بخط الشارح ولعل صوابه اللعان اه (قوله كقوله تعالى فجزاء سيئة) التلاوة بالواو اه (قوله أو تفريق) أى بينونة لانه اذا أبانها لا لعان بينهما لكونها أجنبية اه من خط الشارح (قوله صير اليه للتكاذب) أى والحد الاصلى حد القذف اه كاكى (قوله وليس من ضرورة اللعان الخ) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ان سبب اللعان كان نفى الولد فلما لم ينتف الولد كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدما فاللعان شرع بلا ولد ألا ترى اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولد امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان اليه أشار البزدوى اه دراية

المقذوف أما اذا قذف امرأة معها ولد لا يعرف له أب أو امرأة لاعنت بولد فلوجود أمارة الزنا لان الولد الذى ليس له أب يعرف من الزنا ظاهرا فقد تمكن فى احصانها شبهة العدم لفوات العفة ظاهرا والحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق بين أن يكون الولد حيا أو ميتا لان هذه الشبهة لا تزول بموت الولد بل تتقرر ولا تخرج هى من أن تكون والدة بموته بخلاف ما اذا لاعنت بغير ولد حيث يحد قاذفها لعدم أمارة الزنا لان اللعان قائم مقام حد القذف فى جانب الزوج فكان مؤكدا للعفة ولا يقال اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة فوجب أن لا يحد قاذفها لانا نقول لعانها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره ألا ترى أن لعان الزوج قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها ألا ترى ان شهادته تقبل اذ لو كان محدودا فى حق الكل لما قبلت ولان لعانه قائم مقام حد القذف فيكون مؤكدا لاحصانها ولو أكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها لزوال التهمة بثبوت النسب منه وأما اذا قذف رجلا وطئ فى غير ملكه أو أمة مشتركة فلفوات العفة فيكون القاذف صادقا فيه والاصل أن كل من وطئ وطأ حراما لعينه لا يحد قاذفه لان الزنا هو الوطء الحرم لعينه وان كان محرما لغيره حد قاذفه لانه ليس بزنا فالوطء فى غير الملك من كل وجه كالاجنبية أو من وجه كالامة المشتركة أو فى الملك والحرمة مؤبدة كامته التى حرمت عليه بالرضاع أو بالمصاهرة بشرط أن يكون ثبوتها بالاجماع أو بخبر مشهور وعند أبى حنيفة رحمه الله يسقط الاحصان حتى لا يحد قاذفه لان التحريم المؤبد ينافى ملك المتعة وان لم ينافى ملك الرقبة فصار الوطء واقعا فى غير الملك من وجه فيصير زنا وذكر الكرخى أنه لا يسقط الاحصان به لان الوطء محرم مع قيام الملك فصار كما لو كانت الحرمة مؤقتة والصحيح الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة لان المحل لا يتصور فيه الحل فكيف يكون فيه شبهة الحل ولا كذلك اذا كانت الحرمة مؤقتة لان المحل فيه يقبل الحقيقة فيكون شبهة ولا يقال انكم قلتم لا يجب عليه الحد بوطئها وعلى اعتبار ما قلتم هنا ينبغى أن يجب عليه حد الزنا لوجود الزنا وانتفاء الشبهة لانا نقول وجود الملك من وجه أثر فى سقوط حد الزنا كما أثر عدمه من وجه فى سقوط الاحصان حتى لا يجب على قاذفه حد فاستوى الحكمان فى انتفاء الحد وهذا لان المحل لما كان مملوكا له من وجه دون وجه فباعتبار الملك لا يجب عليه الحد بوطئها وباعتبار عدم الملك لا يجب الحد على قاذفه ومن الحرمة لعينه جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة والمكره على الزنا ومنها اذا زنى بامرأة ثم اشترى أمها أو بنتها أو تزوجها فوطئها أو زنى أبوه بامرأة ثم تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لان حرمة المصاهرة بالوطء منصوص عليه بقوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا تعتبر فيه الخلاف وكذا لو تزوج محارمه ودخل عليها أو جمع بين الاختين أو غيرهما من المحارم أو تزوج أمة على حرة فوطئها كل ذلك يسقط الاحصان لثبوت حرمتهن بالاجماع أو بالنص واذا كانت الحرمة غير مؤبدة كامته المزوجة والمجوسية لا يسقط احصانه بوطئها وكذا لو اشترى أمة شراء فاسدا أو كانت فى ملكه أمتان أختان فوطئهما أو احداهما أو وطئ مكاتبته أو الحائض أو امرأته التى ظاهر منها أو المحرمة كل ذلك لا يسقط به الاحصان لان ملك المتعة ثابت فيهن والحرمة عارض على شرف الزوال ولو نظر الى فرج امرأة أو لمسها بشهوة ثم تزوج أمها أو بنتها أو اشتراها فوطئها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يسقط لثبوت الحرمة به على التأبيد فصار كما لو ثبتت المصاهرة بالوطء وله أن هذه الحرمة تثبت بدليل محتمل وهو خبر الواحد أو نوع اجتهاد من حيث اقامة السبب مقام المسبب احتياطا فلا يسقط به الاحصان الثابت بيقين بخلاف ما اذا ثبتت المصاهرة بالوطء على ما بينا وأما اذا قذف مسلما زنى فى حال كفره فلانه صادق فيه وهذا لان الزنا يتحقق من الكافر حربيا كان أو ذميا فى دار الاسلام أو فى دار الحرب فيسقط به احصانه وأما اذا قذف مكاتبا مات وترك وفاء فلتمكن الشبهة فى حريته لان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى موته حرا كان أو عبدا فأورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك قال رحمه الله (وحد

(قوله كما لو كانت الحرمة مؤقتة) أى كامته المزوجة اه (قوله على ما بينا) أى قريبا اه

قاذف واطئ أمة مجوسية وحائض ومكاتبة ومسلم نكح أمه في كفره) لما ذكرنا أن ملكه في هذه الاشياء ثابت وفيمن تزوج أمه أو غيرها من المحارم في حالة الكفر خلاف أبي يوسف ومحمد فانه عندهما لا يحد قاذفه وهو مبني على أن نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد ذكرناه في نكاح المجوس محارمهم وفي المكاتبة خلاف أبي يوسف هو يقول وطؤها حرام على المولى وانما سقط عنه الحد للشبهة لان الحرمة ثابتة لخروج المنفعة عن ملكه حتى لزمه العقر بوطئها قلنا ملكه فيها ثابت من كل وجه ولهذا جاز اعتاقها عن كفارة اليمين ووجوب العقر لا ينافي الحل فكيف ينافي الشبهة قال رحمه الله (ومستأمن قذف مسلما) أي يحد مستأمن قذف مسلما وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى فصار كسائر الحدود ثم رجع الى ماذكرنا ووجهه أن فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه التزم أن لا يؤذي وموجبه اذا آذى طمعا في أن لا يؤذى والله أعلم قال رحمه الله (ومن قذف أو زنى أو شرب مرارا فحد فهو لكله) لان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى إخلاء العالم عن الفساد والانزجار عن مباشرة سببه في المستقبل وهو يحصل بحد واحد أو يحتمل حصوله فخلا الثاني عن المقصود أو يحتمله فتمكن فيه شبهة فوات المقصود فلا يشرع اذ الحدود تدرأ بالشبهات بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل واحد منها حدته لعدم حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفة فان المقصود من حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس الا ما قصد بشرعه وعلى هذا لو جلد للقذف الا سوطا ثم قذف آخر في المجلس فانه يتم الاول ولا شئ عليه للثاني للتداخل ولو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ولو كان ذلك في القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضي يتم الاول ولا شئ للثاني وان حضر الثاني وحده يحد حدا مستأنفا للثاني وبطل الاول ولو قذف عبدا فأعتق ثم قذف آخر فأخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثاني يتم له ثمانون وقال الشافعي رحمه الله ان حد القذف لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة واحدة أو واحدا مرارا بزنا واحد وهذا مبني على أن المغلب فيه عنده حق العبد ولا تداخل في حقوق العباد وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى فيتداخل وحكي أن ابن أبي ليلى كان قاضيا بالكوفة فسمع رجلا يوما يقول عند باب مسجده لرجل يا ابن الزانيين فأمر بأخذه فأدخل المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين لقذفه الوالدين فأخبر أبو حنيفة بذلك فقال يا للعجب من قاضي بلدنا قد أخطأ في مسئلة واحدة من خمسة أوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه حدين ولا يجب عليه الا حد واحد ولو قذف ألفا ووالى بين الحدين والواجب أن يفصل بينهما بيوم أو أكثر وحده في المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم والخامس ينبغي أن يكشف أن المقذوفين حيين أو ميتين لتكون الخصومة اليهما أو الى ولدهما فان اجتمعت على واحد أجناس مختلفة بان قذف وزنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالي بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرأ من الاول فيبدأ بحد القذف أولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بالقطع لاستوائهما في القوة اذ هما ثابتان بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه أضعف منهما ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص بدئ بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى على ماذكرنا والله أعلم

﴿فصل في التعزير﴾

لما ذكر الحدود وهي الزواجر المقدرة شرع في الزواجر غير المقدرة اذ هو محتاج اليه لدفع الفساد كالحدود وهو تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال الله تعالى واضربوهن الآية وقال عليه الصلاة والسلام لا ترفع عصاك عن أهلك وروي أنه عليه الصلاة والسلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وحبس رجلا بالتهمة واجتمعت الامة على وجوبه في كبيرة لا توجب الحد أو جناية لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وقد

(قوله وموجبه) بالنصب اه (قوله يقام عليه الكل الخ) فرع قذف رجلا فحد لقذفه ثم قذفه ثانيا هل يحد ثانيا ينظر في كتاب السرقة عند قوله وبشئ قطع فيه ولم يتغير

﴿فصل في التعزير﴾

فرع للمولى تعزير عبده وان كان صغيرا ذكره الشارح عند قوله ولا يحد عبده الا باذن امامه اه وذكر هنالك أنه تقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو اه (قوله واضربوهن) أمر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا لهن اه كاكي

(قوله بلغني أنك تفعل كذا) يعني فينزجر به اه فتح (قوله وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الاموال جائز للامام) وعندهما والشافعي ومالك وأحمد لا يجوز بأخذ المال اه كاكي وفتح وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ لقول أبي يوسف اه فتح (قوله وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا) وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب تغيير المنكر باليد والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت ولايتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا أن يحكما فيه اه (قوله يا منافق) أي أو يا يهودي اه فتح قال الحاكم الشهيد في الكافي ان قال يا يهودي أو يا نصراني أو يا مجوسي أو يا ابن اليهودي فلا حد عليه ويعزر اه اتقاني (قوله يا لوطي) وفي يا لوطي يسئل عن نيته إن أراد أنه من قوم لوط فلا شئ عليه ولو أراد أنه يعمل عمل قوم لوط إما فاعلا أو مفعولا فعليه الحد عند أبي يوسف ومحمد ومالك وأحمد والشافعي والحسن والنخعي والزهري وأبي ثور لانه قذف بما لو وجب الحد (٢٠٨) كما لو قذفه بالزنا وعند أبي حنيفة لا حد عليه ويعزر لانه قذف بما لا يوجب الحد وبه قال قتادة وعطاء والصحيح أنه ان كان في غضب يعزر اه كاكي قوله والصحيح أنه ان كان في غضب الخ قلت أو هزل من تعود الهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة أو بهيمة عزر اه فتح قوله عزر هكذا ذكر مطلقا في فتاوى قاضيخان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قاله لرجل صالح أما لو قال لفاسق يا فاسق أو للص يا لص أو للفاجر يا فاجر لا شئ عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه آذاه بما ألحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذا أما من علم فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل اه فتح (قوله وتفسير قرطبان هو الذي يرى مع امرأته) أي أو أهله اه قاضيخان قال ثعلب القرطبان الذي يرضى أن يدخل الرجال على نسائه وقال القرضبان والكشخان لم أرهما في كلام العرب ومعناهما عند العامة مثل الديوث أو قريب منه والديوث الذي يدخل الرجال على امرأته ولهذا قال أحمد في الكشخان يعزر وبه قال بعض أصحابنا وعلى هذا الخلاف لو قال يا قواد يا قرد أو يا مقامر قيل يعزر وقيل لا يعزر ولو قال يا بليد يا قذر يعزر اه كاكي (قوله أو محرمه رجلا) أي أجنبيا اه (قوله فيدعه خاليا بها) اي ولا يتعرض له اه (قوله وقيل هو السبب) هذا القيل عزاه قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق الى أبي القاسم الصفار والقول الذي قبله عزاه لابي بكر الاسكاف قال قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق أما السفلة فعن أبي حنيفة المسلم لا يكون سفلة انما السفلة هو الكافر وبه أخذ المشايخ وعن أبي يوسف السفلة هو الذي لا يبالي بما يقال له من وجوه الذم والشتم وعن محمد هو الذي يلعب بالحمام ويقامر وقال خلف بن أيوب السفلة هو الذي اذا دعى الى طعام يحمل شيأ من المائدة وقيل هو الطفيلي وقيل هو الحائك والحجام والدباغ وقيل هو الذي يختلف الى القضاة ثم قال قاضيخان وأما الماجن فقد قال الامام شمس الأئمة الحلواني هو الذي لا يبالي بما يسمع اه

يكون بالصفع وبتعريك الآذان وقد يكون بالكلام العنيف أو بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس وليس فيه شئ مقدر وانما هو مفوض الى رأى الامام على ما تقتضي جنايتهم فان العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية فينبغي أن تبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما اذا أصاب من الاجنبية كل محرم سوى الجماع أو جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه وكذا ينظر في أحوالهم فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر الا بالكثير وذكر في النهاية التعزير على مراتب تعزير أشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله والضرب وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الاموال جائز للامام وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا وفي المنية رأى رجلا مع امرأة يزني بها أو مع محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل والمرأة جميعا قال رحمه الله (ومن قذف مملوكا أو كافرا بالزنا أو مسلما بيا فاسق يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزواني أو اللصوص يا حرام زاده عزر) لما روينا ولانه آذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس في باب الحدود فوجب التعزير وتفسير قرطبان هو الذي يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح وقيل هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه الى الضيعة أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته وعلى هذا يعزر من قال يا سارق وهو ليس كذلك أو يا ابن الفاسق أو يا ابن الكافر أو النصراني أو قال للمرأة يا قحبة وهي لا تكون همتها

(قوله في المتن يا تيس) هذا ساقط من خط الشارح ثابت في المتن اه قال في المصباح التيس الذكر من المعز اذا أتى عليه حول وقبل الحول جدي والجمع تيوس مثل فلس وفلوس اه (قوله يا بغاء) قال في المغرب وفي جمع التفاريق البغاء أن يعلم بفجورها ويرضى هذا ان صح توسع في الكلام يا بغاء اه قال قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق وأما بغاء فهو لقرطبان سواء اه (قوله يا مؤاجر) قال بعض الشارحين إنه يستعمل عرفا فيمن يؤاجر أهله للزنا اه (قوله يا عيار) قال في المغرب رجل عيار كثير المجيء والذهاب عن ابن دريد وقال ابن الانباري العيار من الرجال الذي يخلي نفسه وهواها لا يردعها ولا يزجرها وفي أجناس الناطفي الذي يتردد بلا عمل وهو مأخوذ من قولهم فرس عائر وعيار اه (قوله يا سخرة) يقال فلان سخرة يتسخر في العمل يقال خادمة سخرة ورجل سخرة أيضا يسخر منه وسخرة بفتح الخاء يسخر من الناس كثيرا اه صحاح (قوله يا ضحكة) يقال رجل ضحكة كثير الضحك وضحكة بالتسكين يضحك منه اه صحاح (قوله يا كشخان) بالخاء في خط الشارح اه قال قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق وأما كشخان حكي عن امرأة جاءت الى أبي عصمة المروزي وقالت إن زوجي كل يوم يأمرني بالطبخ فقلت له يوما أي كشخان الى متى أطبخ فقال لي ان كنت كشخان فأنت طالق قال أبو عصمة إن زوجك اذا سمع أن رجلا يمد يده اليك بسوء ولا يبالي فهو كشخان وان لم يرض بذلك وضربك على ذلك فهو ليس بكشخان اه (قوله وانما يلحق القاذف) أي الشين بكذبه اه كي (قوله خمسة وسبعون) يعني في حق الاحرار لا في العبيد على ما سيأتي آخر المقالة اه وهو ظاهر الرواية عنه اه كاكي (قوله وفي رواية عنه تسعة وسبعون) أي وهو (٢٠٩) قول زفر وهو القياس اه هداية

ذلك الفعل قال رحمه الله (ويا كلب يا تيس يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغاء يا مؤاجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان يا أبله يا موسوس لا) أي لا يعزر بهذه الالفاظ كلها لان من عاداتهم اطلاق الحمار ونحوه بمعنى البلادة أو الحرص أو نحو ذلك ولا يريدون به الشتيمة ألا ترى أنهم يسمون به ويقولون عياض بن حمار وسفيان الثوري وأبو ثور وجمل ولان المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف وكل أحد يعلم أنه آدمي وليس بكلب ولا حمار وأن القاذف كاذب في ذلك وحكي الهندواني أنه يعزر في زماننا في مثل قوله يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم في عرفنا وقال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي أنه لا يعزر وقيل ان كان المنسوب اليه من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يعد شينا في حقه وتلحقه الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن ما قيل فيه ومن الالفاظ التي لا توجب التعزير قوله يا رستاقي ويا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك قال رحمه الله (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا) وفي رواية عن أبي يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا وفي رواية عنه تسعة وسبعون وفي رواية عنه أنه يقرب كل جنس الى جنسه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف لغير المحصن أو للمحصن بغير الزنا من حد القذف صرفا لكل نوع الى نوعه وعنه أنه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره وقول محمد فيه مضطرب فانه ذكر في بعض النسخ مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا

(قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا) الرواية بلغ بالتخفيف والتثقيل خطأ بين لان المعنى أن من بلغ الحد في غير الحد فهو من المعتدين ولو قيل بلغ بالتشديد لصار المعنى من بلغ الحد الى غير الحد ولا خفاء في بطلانه ولو قدرت المفعول الاول محذوفا لاحتمل الصحة أي بلغ التعزير حدا ويدل على المحذوف قوله في غير حد وهذا كقوله تعالى يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك

(٢٧ - زيلعي ثالث)

أي بلغ الناس اه مستصفى قال الاتقاني عند قول صاحب الهداية وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية عن أبي يوسف ألا ترى الى ما نقل صاحب الاجناس عن حدود الاصل لا عد في التعزير ويضرب والمضروب قائم أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ أربعين سوطا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا ثم قال وفي نوادر ابن هشام عن أبي يوسف تسعة وسبعين سوطا لكن هذا في تعزير الحر أما في تعزير العبد فعلى قول أبي يوسف ينقص خمسة عن أربعين كذا ذكر صاحب التحفة وقول محمد في ظاهر الرواية مع أبي حنيفة وفي رواية قوله مع أبي يوسف كذا ذكر في المختلف وقول زفر مثل قول أبي يوسف في النوادر ذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبي يوسف هكذا في شرح الجامع الصغير وذكر في شرح الاقطع قول زفر مثل قول محمد ثم الاصل هنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين معناه من بلغ حدا فيما ليس بحد يعني في التعزير اذا بلغ حدا فهو من المعتدين أي من المجاوزين فعلى هذا لا بد من نقصان عدد الجلد في التعزير عن الحدود وذلك يحصل بنقصان سوط عن الاربعين لانه قال عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا بلفظ النكرة فيتناول أدنى ما ينطلق عليه اسم الحد وهو الاربعون لانه أدنى حد العبد في القذف وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لان الرق عارض فنقص سوطا عنه على رواية النوادر وعلى ظاهر الرواية نقص عن الثمانين سوطا ولا فقه فيه ولا يفهم منه معنى معقول قالوا إن أبا يوسف كان يعزر رجلا وقد أمر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد الاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة

فظن الذى عنده أنه أمر بخمسة وسبعين (١) وكان يعرف بضرب بحقيقة الحال فاختلفت الرواية عن أبي يوسف لهذا وقد روى مثل هذا عن عمر وليس بصحيح وانما الصحيح عن أبي يوسف لانه لو كان فى هذا نقل عن عمر لم يعتبر أبو حنيفة التعزير بحد العبد وقيل إن نقصان الخمسة مأثور عن على وفيه نظر لما قلنا وهذا لان تقليد الصحابى فيما لا يدرك بالقياس واجب عند أصحابنا وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الاحرار والنصف من حد العبيد وأكثر حد الاحرار مائة وأكثر حد العبيد خمسون فأخذ نصفا من هذا ونصفا من هذا قلت سلمنا أن المائة حد هذا والخمسون حد ذاك ولكن لا نسلم اعتبار التعزير بتنصيف كل واحد ولا دليل على التنصيف جزما لاسيما لكل واحد منهما ولا دليل أيضا على اعتبار أكثر الحدين وما قاله أبو حنيفة أشبه بالصواب عندى لتيقن الاقل والفقيه أبو الليث أخذ بقول زفر وعلل بعد ذلك بقوله لان الاربعين نصف الحد وليس بحد وفيه نظر لانا نقول لا نسلم أن الاربعين ليس بحد بل هو حد العبد فى القذف ولا يجوز نفيه مطلقا لان النكرة اذا وقعت فى موضع النفى عمت (قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا فى غير حد) الرواية بتخفيف اللام والتشديد وجه على حذف المفعول الاول أى من بلغ التأديب أو بلغ الضرب حدا فيما ليس بحد أى فى التعزير وقال بعضهم فى تقدير المفعول الاول من بلغ التعزير حدا وذلك ملوث للصماخ لان المراد من قوله فى غير حد التعزير فيكون تقدير الكلام من بلغ التعزير حدا فى التعزير فيرد ما قلنا اه ما قاله الاتقانى

﴿فروع﴾ رجل ادعى على رجل أنه قال له يا فاسق أو يا كافر أو يا فاجر أو يا منافق أو يا خبيث أو يا خنزير أو يا حمار أو يا لص أو يا لوطى أو يا آكل الربا أو يا شارب الخمر أو يا ديوث أو يا مخنث أو يا خائن أو يا ابن القحبة أو ما سوى ذلك مما يوجب فيه التعزير أو ادعى عبد أنه قال له يا زانى أو أمة ادعت أنه قال لها يا زانية أو ادعى أمرا يجب فيه الادب بأن ادعى أنه ضربنى أو شتمنى أو لطمنى وأنكر المدعى عليه حلفه القاضى لان هذا من حقوق العباد يجرى فيه العفو والابراء ولا يسقط بالتقادم ويقبل فيه شهادة النساء والشهادة على الشهادة وكتاب القاضى ولا يختص الامام بالاقامة فان الزوج يؤدب المرأة والمولى يؤدب العبد ولو رأى انسانا يفعل ذلك كان له أن ينهاه ويمنعه ويؤدبه ويضربه ان كان لا ينزجر بالمنع باللسان فيجرى فيه اليمين قاضيخان فى كتاب الدعوى قبيل باب ما يبطل دعوى المدعى قوله وأنكر المدعى عليه حلفه القاضى اى فان حلف فلا شئ عليه وان نكل يقضى عليه بالتعزير ذكره العمادى فى الفصل ١٩ وتمامه فيه اه (قوله فلم يتيقن بكذبه) أى

فى غير حد فهو من المعتدين فيعزر من غير تبليغه حدا بالاجماع غير أن أبا حنيفة اعتبر أدنى الحدود وهو حد العبد لان مطلق ما روينا يتناوله وأقله أربعون وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم هم الاصول وأقله ثمانون فنقص عنه سوطا وفى رواية خمسة روى ذلك عن على أنه فعله فقلده أو اعتبر نفس الجرم لان العقوبة تختلف باختلاف الجرم كالحد فقرب الجرم الكبير من أكثر الحد وهو مائة والصغير من الاقل وهو ثمانون سوطا وأجمعوا على أن العبد لا يبلغ به أربعين قال رحمه الله (وأقله ثلاثة) أى أقل التعزير ثلاث جلدات وهكذا ذكر القدورى فكأنه يرى أن ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الاشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى رأى القاضى يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى قال رحمه الله (وصح حبسه بعد الضرب) أى جاز للامام أن يحبسه بعد ما ضربه للتعزير لانه عجز عن الزيادة من حيث العدد لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له أن يضم الحبس اليه اذا رأى فيه مصلحة وهذا لانه يصلح تعزيرا ابتداء حتى جاز الاكتفاء به ولهذا لا يحبس بالتهمة فى التعزير لكونه أقصى عقوبة فيه فيلزم التسوية بينهما وبين التحقق فاذا صلح تعزيرا ابتداء وهو مشروع على ما روينا من قبل جاز المصير اليه عند تعذر الضرب كما تجوز زيادة الضربات فيه لان تقديره اليه قال رحمه الله (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدى الى فوات المقصود وهو الانزجار ويتقى المواضع التى تتقى فى الحدود وروى عن أبي يوسف أنه يضرب فيه الظهر والالية فقط ثم ذكر فى حدود الاصل تفريق التعزير على الاعضاء وفى أشربة الاصل يضرب فى التعزير فى موضع واحد وليس فى المسئلة اختلاف رواية وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ بالتعزير أقصاه وموضوع الثانى اذا لم يبلغ قال رحمه الله (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت بقول الصحابة ولان جنايته أعظم لان حرمته لا تنكشف بحال وحرمة الخمر تنكشف بالضرورة والزنا يؤدى الى قتل النفس بأن يتخلق منه ولد ليس له أب يربيه فيهلك ولهذا شرع فيه الرجم بخلاف شرب الخمر فاذا كانت جنايته أعظم كانت عقوبته أشد قال رحمه الله (ثم الشرب ثم القذف) أى ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جناية الشرب مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم مع الرائحة وجناية القذف غير مقطوع بها لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه وعجزه عن اقامة البينة لا يدل على عفة المقذوف فلم يتيقن بكذبه ولان حد القذف جرى فيه تغليظ من حيث رد الشهادة على التأبيد فتخفيف الضرب لا يؤدى الى فوات المقصود ولان الشارب

(١) قوله وكان يعرف بضرب هكذا فى الاصل وليحرر اه مصححه

لاحتمال أن شهوده غابوا أوماتوا أو أبوا عن الشهادة اه كاكى (قوله فيكون جامعا بين الجنايتين) أى الشرب والقذف اه (قوله وترك الصلاة) سيجىء بعد أسطر عند قول الشارح ألاترى أنه ليس له أن يضربها الخ اه قال الولوالجى رحمه الله فى فتاواه فى الفصل الخامس من كتاب النكاح وللزوج أن يضرب زوجته على أربع خصال وماهو فى معنى الاربع احداها على ترك الزينة والزوج يريدها والثانى على ترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه والثالث على ترك الصلاة وعلى ترك الغسل والرابع الخروج من المنزل لان الاول والثانى يخل بمقصود النكاح والثالث والرابع معصية اه وتنبه لقوله وماهو فى معنى الاربع فانه نفيس والله الموفق وقال قاضيخان فى باب النفقة فى فصل حقوق الزوجين للزوج أن يمنع المرأة من الغزل وله أن يضربها على أربعة منها ترك الزينة اذا أراد الزينة والثانية ترك الاجابة اذا أراد الجماع وهى طاهرة والثالثة ترك الصلاة وفى بعض الروايات عن محمد ليس له أن يضربها على ترك الصلاة وترك الغسل من الجنابة والحيض بمنزلة ترك الصلاة والرابعة الخروج من منزله بغير اذنه بعد ايفاء المهر قال السروجى ولا يجبر المسلم زوجته الذمية على غسل الجنابة لانها غير مخاطبة ويمنعها من الخروج الى الكنائس اه

قلما يخلو عن القذف فيكون جامعا بين الجنايتين واليه أشار على رضى الله عنه بقوله واذا هذى افترى فيغلظ عليه الحد قال رحمه الله (ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة والاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة والغسل والخروج من البيت) وقال الشافعى رحمه الله تجب الدية فى بيت المال اذا الحد والتعزير للتأديب فاذا هلك كان خطأ من الامام وضمان خطئه فيما يقيمه من الاحكام فى بيت المال لان نفع عمله يعود الى المسلمين فيكون الغرم فى مالهم وهذا لانه لا يجوز له الاتلاف فيكون فعله مقيدا بشرط السلامة كالمرور فى الطريق ورمى الغرض ونحوه ولنا أن الحد والتعزير يجب عليه اقامته اذ هو مأمور به والواجب لا يجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوز المعتاد وكما لو تترس الكفار بالمسلمين بخلاف المرور فى الطريق وضرب الرجل امرأته ونحو ذلك لانه مباح فيتقيد بشرط السلامة ولانه فعله بأمر الشرع فيكون منسوبا الى الآمر فكأنه أماته حتف أنفه فلا يضمن وقوله بخلاف الزوج اذا عزر زوجته الى آخره يشير الى أنه يجوز له أن يضربها لهذه الاشياء والا فالضمان واجب عند التلف وان ضربها لغير هذه الاشياء وذكر فى المحيط وفى شرح المختار أنه يجوز له أن يضربها على ترك الزينة وعندنا مثل ماذكرنا ولم يذكرا فيه ترك الصلاة وعلل الجواز الضرب بأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فتعزر على المخالفة وذكر فى النهاية أنه انما يضربها لمنفعة تعود اليه لا لمنفعة تعود الى المرأة ألاترى أنه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة وله أن يضرب ولده على ترك الصلاة وأورد فى النهاية على ماذكرنا ما اذا جامع امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها حيث لا يجب عليه شىء عند أبى حنيفة ومحمد وان كان الجماع مباحا ولم يقيداه بشرط السلامة ثم أجاب بأن قال انما لا يجب هناك الضمان لان ضمان المهر قد وجب فى ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز وعزاه الى المحيط وروى عن أبى يوسف أن القاضى اذا لم يزد فى التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان اذا كان يرى ذلك لانه قد ورد أن أكثر ما عزر رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة فاذا زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لان ما زاد على المائة غير مأذون فيه فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فيتنصف ويثبت التعزير بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لانه من جنس حقوق العباد ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه وشرع فى حق الصبيان والتكفيل والله أعلم

﴿كتاب السرقة﴾

قال رحمه الله (هى أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ) ويعتبر أن تكون جيدة وانتفاء الشبهة ولا يشترط أن تكون ملك رجل واحد بعد ان كانت سرقة واحدة حتى لو سرق عشرة لجماعة قطع بها ولا فرق فى ذلك بين أن تكون مشتركة بينهم فيأخذها جملة وبين أن تكون لكل واحد

﴿كتاب السرقة﴾

لما فرغ عن بيان الزواجر الراجعة الى صيانة النفوس كلا وجزأ واتصالا بها شرع فى بيان الزواجر الراجعة الى صيانة الاموال وأخرها لكون النفس أصلا والمال تابعا وذلك لان حد الزنا للزجر عن الزنا الذى هو سبب لضياع نفس الولد فكان فيه صيانة النفس وحد الشرب فيه صيانة العقل الذى هو أشرف الاجزاء فى النفس وحد القذف لصيانة ماء الوجه الذى يتصل بالنفس وانما قلنا ان المال تابع لانه خلق وقاية للنفس قال تعالى خلق لكم مافى الارض جميعا اه اتقانى (قوله فى المتن هى أخذ مكلف خفية) قال الاتقانى وقيد الخفية احترازا عن النهب والغصب والاختلاس اه (قوله ويعتبر أن تكون جيدة) أى حتى لو سرق زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة لا يجب القطع ذكره فى شرح الطحاوى لان نقصان الوصف يوجب نقصان المالية كنقصان القدر فأورث شبهة وعن أبى يوسف يقطع ان كانت تروج لان بالرواج صارت كالجياد اه كاكى قال فى المجمع وجودتها شرط ويخالفه فى الزيوف الرائجة اه (قوله حتى لو سرق عشرة) أى من الدراهم اه

(قوله وفى اللغة أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية) قال الكمال وفى الشريعة هى هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود فى اثباتها حكم شرعى بها اذ لا شك ان أخذ أقل من نصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهى شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعى فاذا قيل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التى علق بها الشرع وجوب القطع هى أخذ البالغ العاقل عشرة أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتقوم للغير من حرز بلا شبهة ويعم الشبهة فى التأويل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذى الرحم الكاملة والفعل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين مالا مرتله كالصلاة على ماهو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هى فى مفهومها اللغوى والزيادات شروط غير مرضى والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة وكيف يقال بانها فى الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والفرض أنه لا يتبادر الدعاء فقط هذا وسيأتى فى السارق من السارق خلاف اه كمال رحمه الله (قوله كما اذا نقب الجدار على الاستسرار) أى ثم استيقظ صاحب المال اه (قوله مكابرة جهرا) أعنى مقاتلة بالسلاح اه اتقانى (قوله مكابرة) أى مغالبة ومدافعة اه اتقانى (قوله بخلاف ما اذا كانت) أى فى المصر اه قال الكمال واذا كابره فى المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك

فى كيس فيأخذ من كل كيس درهما قبل أن يخرج من الدار فيخرج بها جملة لان السرقة تتم بالاخراج من الدار فيعتبر الاتحاد عنده هذا فى الشريعة وفى اللغة أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع لانه يسمع كلام المتكلم على غرة منه وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على ما بينا والمعنى اللغوى وهو الاستسرار مراعى فيها ابتداء وانتهاء اذا كانت بالنهار أو ابتداء لا غير اذا كانت بالليل كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة جهرا لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع فى أكثر السراق لا سيما فى ديار مصر بخلاف ما اذا كانت فى النهار لانه وقت يلحقه الغوث فيه وهى نوعان سرقة صغرى وكبرى فالصغرى يسارق فيها عين المالك أو من يقوم مقامه فى الحفظ وشرطها أن تكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق وأخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا يعلم أنه يعلم قطع ولو كان السارق يعلم بأن صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر والكبرى يسارق فيها عين الامام أو من يقوم مقامه فى الآفاق لانه هو المتصدى لحفظ الطرق وقوله مضروبة اشارة الى أنه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما أن الحدود تدرأ بالشبهات فتتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا أوانى الفضة والزيوف اذا سرقها ووزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير المضروبة فيه سواء والاول أصح وتثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم لانه من باب الحدود فلا يثبت الا بما تثبت به السرقة والمعتبر فيه وزن سبعة كما فى الزكاة وقد بيناه هنالك وقال الشافعى رحمه الله تعالى نصابه مقدر بربع دينار وقال مالك بثلاثة دراهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قطع

فى الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات فى الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يخفى الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع اه (قوله أو من يقوم مقامه) أى مقام المالك بأن يكون صاحب يد أمانة أو ضمان كالمستعير والمستأجر والمودع والمرتهن والمضارب والغاصب اه اتقانى (قوله والمعتبر فيه وزن سبعة) يعنى المعتبر فى وزن الدراهم التى يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل اه (قوله وقال الشافعى نصابه مقدر بربع دينار) أى مسكوك يقوم به فى السلع وعند أحمد ربع دينار من العين أو ثلاثة دراهم من الورق أو قيمته ثلاثة دراهم اه اتقانى (قوله وقال مالك بثلاثة دراهم) وقال ابن أبى ليلى لا يقطع فى أقل من خمسة دراهم وما روى عن أبى هريرة وأبى سعيد أربعين ليس بصحيح اه اتقانى رحمه الله ثم هذا الاختلاف انما نشأ باعتبار أنه لم يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى سارق المجن واختلف فى تقديره الرواة فبعد ذلك العلماء أخذوا بالاقل وبعضهم أخذوا بالاكثر والدليل على ذلك ما روى البخارى فى الصحيح باسناده الى هشام عن أبيه قال أخبرتنى عائشة رضى الله عنها أن يد السارق لم تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمن مجن جحفة أو ترس ثم إن مالكا روى عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم والشافعى احتج بما روى عن عمرة عن عائشة رضى الله عنها موقوفا ومرفوعا أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقطع فى ربع دينار فصاعدا كذا قاله أبو عيسى فى جامعه وأصحابنا احتجوا بما روى فى السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا فى مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم وأصحابنا رجحوا هذا لان فى العشرة يجب القطع بالاجماع وفيما دونها خلاف والاخذ بالمجمع عليه أولى من الاخذ بما فيه خلاف لان ادنى درجات الخلاف ايراث الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولان فى الاقل شبهة عدم الجناية ولا حد بالشبهة يؤيده ما روى

في الجامع الترمذي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم اهـ اتقاني (قوله وقالت الظاهرية) أي والحسن البصري والخوارج وثبت عن الشافعي اهـ فتح (قوله تقطع يد السارق بمطلق السرقة) أي حتى اذا سرق فلسا قطع اهـ (قوله في المتن فيقطع ان أقر مرة) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي وأكثر علماء الامة اهـ كاكي والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وانما خص المجنون والصبي لما روي في السنن وغيره مسندا الى علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل ولان القطع عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة قاله الاتقاني وقال الكمال ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما الاثم انما بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب اهـ (قوله ولا تهمة في الاقرار) أي اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على أن الاقرار الاول اما صادق فالثاني لا يفيد شيأ اذ لا يزداد صدقا واما كاذب فبالثاني لا يصير صدقا فظهر أنه لا فائدة في تكراره اهـ فتح ﴿فروع﴾ من علامة العيون قال أنا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال (٢١٣) والاول على الحال وفي عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول أبي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيأ أو ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه في الرجوع الى المائة فلا ضمان اهـ فتح قوله ولو نون لا يقطع هذا الفرع ذكره في الفتاوى الكبرى والظهيرية وعللا بأنه اذا لم ينون فكلامه دل على السرقة الماضية كأنه قال سرقت هذا الثوب واذا نون فكلامه دل على السرقة المستقبلة كأنه قال أسرقه مثاله اذا قال هذا قاتل زيد معناه أنه قد قتله وان قال هذا قاتل زيدا معناه أنه يقتله اهـ (قوله لا ينسد بالتكرار) أي فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل بالحدود اهـ فتح قال الاتقاني لان الاقرار وان تعدد وتكثر يسقط الحد بالرجوع لانه حق الله تعالى اهـ (قوله ويجب أن يسألهم الامام عن ماهية السرقة) قال الاتقاني أما السؤال عن الكيفية بأن يقال كيف سرق فلاحتمال أنه نقب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع فذهب حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافا لما روي عن أبي يوسف في الامالي وكذا اذا ناول صاحبه على الباب لا يقطع واحد منهما اذ الاول مختلس لا هاتك للحرز لان هتك الحرز في البيت لا يكون الا بعد الدخول بخلاف صندوق الصيرفي وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطع على الكمال من كل واحد بخلاف ما اذا رمى الثوب من البيت الى الطريق ثم خرج فأخذه حيث يقطع لان الفعل الموجب للقطع تم به وحده

في مجن ثمنه ثلاثة دراهم رواه الجماعة وفي لفظ قيمته ثلاثة دراهم غير أن الشافعي قال كانت قيمة الدينار على عهد النبي صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها والربع هو المعتبر ألا ترى الى قول عائشة رضي الله عنها فيما رواه الجماعة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا وفيما رواه البخاري أنه عليه الصلاة والسلام قال تقطع يد السارق في ربع دينار قلنا قال ابن عباس وابن عمر كانت قيمة المجن الذي قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وقال عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم ولما اختلفوا في قيمة المجن مع اتفاقهم أن النصاب مقدر به مال مالك الى الاقل المتيقن به ومال أصحابنا الى الاكثر المتيقن به لان أحدا لم يقل ان العشرة لم يقطع بها وما دونه مختلف فيه فلا يجب بالشك اذ الحدود تدرأ بالشبهات يؤيده ما روينا من المرفوع وقالت الظاهرية تقطع يد السارق بمطلق السرقة وليس له نصاب مقدر لاطلاق الكتاب قلنا هو مقيد بالمال فكذا بالنصاب لما روينا وحكينا من الاجماع وما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده المراد به بيض الحديد والحبل النفيس ألا ترى الى قول الاعمش وهو الراوي لهذا الحديث كانوا يرون أنه بيض الحديد وان من الحبال ما يساوي عشرة دراهم قال رحمه الله (فيقطع ان أقر مرة) وقال أبو يوسف لا يقطع الا اذا أقر مرتين في مجلسين مختلفين لانه حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود وأصله الاقرار بالزنا ولهما أن الاقرار مرة مظهر فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف والاعتبار بالشهادة باطل لان الزيادة فيها تفيد تقليل تهمة الكذب ولا تهمة في الاقرار فلا يفيد شيأ ولا يقال يحتمل أن يرجع فيؤكد بالتكرار ليدل على الثبوت لانا نقول باب الرجوع فيه لا ينسد بالتكرار والرجوع عنه في حق المال لا يصح لان صاحب الحق يكذبه وفي الزنا ورد على خلاف القياس فاقتصر عليه وذكر بشر رجوع أبي يوسف الى قولهما قال رحمه الله (أو شهد رجلان) لانه من الحدود فلا يقبل فيه الا شهادة الرجال ويجب أن يسألهم الامام عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها ويسأل الشهود عن زمانها لزيادة الاحتياط لانه

وأما السؤال عن الماهية بأن يقال ماهي فلاحتمال ان المسروق شئ تافه أو ما يتسارع اليه الفساد أو مال الذي رحم محرم منه أو مال فيه شركة السارق أو مال أحد الزوجين أو دراهم المديون أخذها السارق بقدر حقه أو أقل من قدر النصاب ويحتمل ان الشاهدين نسباه الى السرقة لاستراق الكلام كما قال تعالى الامن استرق السمع أولانه لم يعتدل في الركوع والسجود فلابد اذا من السؤال عنها وأما السؤال عن الزمان بأن يقال متى سرق فلاحتمال التقادم لان التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة بخلاف الاقرار لعدم التهمة وأما السؤال عن المكان فلاحتمال أنه سرق في دار الحرب أو سرق من مستأمن في دارنا لاقطع فيه استحسانا لان حرمة ماله مؤقتة لامؤبدة أو سرق من غير الحرز أو من بيت أذن له بالدخول فيه أو من حمام نهارا أو بالليل يقطع لانه لايؤذن بالدخول في الليل اهـ قوله وأما السؤال الخ قال الكمال رحمه الله ويسألهما عن المكان لاحتمال أنه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف مالو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لايسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لايبطل الاقرار ولا عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا اهـ (قوله ويحبسه) قال الاتقاني بالنصب عطفا على قوله أن يسألهما يعني ينبغي أن يحبس الامام السارق لانه (٢١٤)

صار متهما بالسرقة تعزيرا عليه وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وقد مرّ ذلك في أول كتاب الحدود وانما يحبسه الى أن يسأل عن عدالة الشهود لان التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لايجوز لعدم التلافي اذا وقع الغلط فتعين الحبس كيلا يفوت الحق بالهرب اهـ (قوله في المتن ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا) قال في الهداية واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال في العناية وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من في دخل البيت وأخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل بعين الداخل والفرق بينهما أنهم مالم يدخلوا البيت لم تتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم اهـ (قوله ولو كان فيهم صغير أو مجنون) أي أو أخرس أو ذو رحم محرم من صاحب المال اهـ اتقاني (قوله قلنا الحامل لايتمكن الخ) قال الاتقاني ولنا أن أحد الشركاء لايجب عليه فلا يجب على غيره كالمخطئ والعامد اذا اشتركا في القتل العمد اهـ (قوله وصيد) أي سواء كان بريا أو بحريا اهـ فتح (قوله وزرنيخ ومغرة ونورة) قال في المصباح المنير الزرنيخ بالكسر معروف وهو فارسي معرب والمغرة الطين الاحمر بفتحتين والتسكين تخفيف والنورة بضم النون حجر الكلس ثم غلبت على اخلاط تضاف الى الكلس من زرنيخ وغيره وتستعمل لازالة الشعر اهـ وفي المغرب وهمز واو النورة خطأ اهـ كاكي وقوله ومغرة ونورة أي لان هذا كله يوجد مباح الاصل وكذلك الوسمة والحناء وقيل ان في الوسمة والحناء يقطع في بلادنا لانه قد جرت العادة في احرازهما اهـ اتقاني

يلتبس على كثير من الناس فانها تطلق على أشياء على الاستماع خفية وعلى تخفيف الصلاة على ما قال عليه الصلاة والسلام أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته وكذا يختلف باختلاف الاحوال فان من يدخل يده من النقب أو من الطاقة ويأخذ شيأ أو في دار الحرب أو في بيت أذن له في دخوله أو كان المال في يده أو لم يكن في حرز لايقطع وكذا بالتقادم يسقط الحد دون المال اذا كانت بينة وكذا ينبغي أن يسأل عن المسروق منه هل هو أجنبي أو قريب من السارق أو زوج لانه يحتمل جميع ذلك فلابد من ازاحة هذه الشبهة لانه مبني على الدرء ما استطيع ويحبسه الى أن يسأل للتهمة بخلاف التعزير على ما بينا قال رحمه الله (ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا ان أصاب لكل نصاب) أي لو سرق جماعة وتولى الاخذ بعضهم قطعوا اذا أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم لان المعتاد بين السراق أن يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد عنهم لامتنع القطع في أكثر السراق فيؤدي الى فتح باب الفساد فيجري عليهم الحد جميعا استحسانا سدا للباب سواء خرجوا معه من الحرز أو بعده في فوره أو خرج هو بعدهم في فورهم لان بذلك يحصل التعاون وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول ان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل وحده فيقتصر عليه وجوابه ما بيناه ولو كان فيهم صغير أو مجنون سقط الحد عن الباقين وقال أبو يوسف ان تولى الاخذ الصغير أو المجنون لايجب عليهم القطع وان أخذ الكبار العقلاء وجب لان الآخذ هو الاصل والردء تبع فسقوط الحد عن الاصل يوجب سقوطه عن التبع بخلاف العكس قلنا الحامل لايتمكن من الخروج الابقوة الردء فصار واما باشرين معنى على ما يجيء تمامه في السرقة الكبرى وشرط أن يصيب كل واحد منهم نصاب اذ لاقطع فيما دون النصاب وقال مالك يقطعون بنصاب واحد لان هذا القدر من المال موجب للقطع فاذا اشتركوا أجرى على جميعهم كالقصاص قلنا القصاص تعلق بسبب لايتجزأ وهو ازهاق الروح فينسب الى جميعهم بخلاف السرقة قال رحمه الله (ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة) والاصل فيه أنه لايقطع فيما يوجد تافها مباحا

(قوله في دار الاسلام) قيد بدار الاسلام لان الاموال كلها على الاباحة في دار الحرب اه كاكي (قوله وما يوجد) مبتدأ خبره قوله حقير اه
(قوله بصورته) احترازعن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان فيها القطع لتغيرها عن الصورة الاصلية بالصفة المتقدمة اه كاكي (قوله غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي أن يقطع به لانه يحاز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والآبنوس واختلف في الوسم والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين اه كمال رحمه الله وقوله غير بنصب غير (٢١٥) على أنه صفة قوله مباحا اه اتقاني قوله

في دار الاسلام لقول عائشة رضي الله عنها كانت الايدي لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد في دار الاسلام مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير والطباع لا تضن به ولهذا لا يختفي آخذه عادة فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لا يقطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص ولهذا يلقى بعضها في الابواب بل في القوارع كالخشب ونحوه وبعضها ينفلت فيفر ويضيع فتنقص الرغبات فيه كما تنقص في القليل ولمثله لا يشرع الزاجر ولان الشركة العامة التي كانت في هذه الاشياء قبل الاحراز تورث الشبهة ما دامت باقية على تلك الصفة والحدود تدرأ بها ويدخل في الطير جميع أنواعه حتى البط والدجاج وفي السمك الطري والمالح وقال الشافعي يقطع في كل شيء الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن أبي يوسف لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه فوجب قطعه فيه وكونه يوجد في دار الاسلام مباحا لا تأثير له كالفيروزج والذهب والفضة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة الكلا والماء والنار أثبت فيه شركة عامة فاذا انتفت الشركة بالاحراز حقيقة تورث شبهة وهي دارئة للحد كمال بيت المال والمغنم وكذا قوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه يورث شبهة واذا ثبت الشبهة في هذه الاشياء وهي توجد مباحة في دار الاسلام فكذا في أمثالها وأما الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد انه اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة لا يقطع وهو المختلط بالحجر والتراب وفي ظاهر المذهب يقطع لانها ليست بتافهة جنسا فان كل من تمكن من أخذه لا يتركه فهذه علامته ولا يقطع في الرخام ولا في القدور من الحجارة ولا في الملح قال رحمه الله (وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة وطنبور) والاصل فيه أن سرقة ما يتسارع اليه الفساد والمعازف أو السرقة من غير حرز لا توجب القطع لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر رواه أبو داود وغيره والكثر الجمار وهو شيء أبيض لين يخرج من رأس النخل ومن قال الكثر الحطب أو صغار النخل فقد أخطأ ذكره المطرزي وذكر الجوهري أن الجمار شحم النخل والمراد بالتمر ما يتسارع الفساد وهو الرطب وسئل عليه الصلاة والسلام عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيأ بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع رواه النسائي وأبو داود والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف والجران الموضع الذي يعصر فيه العنب أو التمر ولان الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لم يوجد فيه الاحراز والقطع بدونه غير مشروع ويدخل في اللحم القديد منه لانه يتوهم فيه الفساد وفي الفواكه الرطبة العنب وكذا الرطب في المختار لانه يخاف عليه الفساد من

وعلى هذا نظر بعضهم أي وهو العلامة قوام الدين الاتقاني رحمه الله تعالى اه (قوله لا تضن) قال في المصباح ضن بالشيء يضن من باب تعب ضنا وضنة بالكسر وضنانة بالفتح بخل فهو ضنين ومن باب ضرب لغة اه (قوله فتنقص الرغبات فيه) يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه والطباع لا تضن اذا أحرز حتى إنه قلما يوجد أخذه على كره من المالك ولا ينسب الى الخيانة بناء على أن الضنة بها تعتمد الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب اه كمال رحمه الله (قوله على تلك الصفة) احترازعن الابواب والاواني المتخذة فان فيها القطع كما بينا اه كاكي (قوله ويدخل في الطير جميع أنواعه) قال في الجامع الصغير رجل سرق طيرا

يساوي عشرة دراهم لا يقطع قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم أراد به الطائر الذي يكون صيدا سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لانه بمعنى الاهلي وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور وهذا القول أصح ثم قال وذكر في المجرد لو سرق من الدجاج أو البط أو الحمام لا يجب القطع اه اتقاني (قوله وفي السمك الطري والمالح) قال الكمال صوابه السمك المليح أو المملوح اه وفي المغرب وماء ملح وسمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذي جعل فيه ملح اه (قوله في المتن وطنبور) الطنبور من آلات الملاهي وهو فنعول بضم الفاء فارسي معرب وانما ضم حملا على باب عصفور اه مصباح (قوله ولا كثر) بفتحتين اه مصباح وقوله كثر بالمثلثة اه (قوله غير متخذ خبنة) الخبنة بالضم ما تحمله تحت ابطك اه مصباح (قوله المربد) مثل مقود اه مصباح (قوله والقطع بدونه غير مشروع) أي ولا خلاف فيه للائمة الثلاثة وان كان في حائط محرز اه كي

وجه بخلاف الزبيب والتمر وقال الشافعي يقطع في الفواكه الرطبة وعما يتسارع اليه الفساد من الاطعمة والاشربة لما روينا قلنا أخرجه على وفاق العادة لان ما يؤويه الجرين هو اليابس من الثمار عادة ونحن نقول به اذا سرقه في غير أيام الغلاء وفي القحط لا يقطع في الطعام الضرورة ذكره في المبسوط وفي المنتقى لم يفصل بين الطعام وغيره وفي الخل يقطع اجماعا لانه لا يتسارع اليه الفساد وهو مال بالاجماع وكذا في العسل بخلاف الاشربة المطربة وغيرها لان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف بين العلماء فأورث شبهة وفي المعازف يتأول لكسرها وهو جائز عند بعضهم لكونه أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر قال رحمه الله (ومصحف ولو محلى) وقال الشافعي رحمه الله يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لانه مال متقوم محرز حتى يجوز بيعه وعن أبي يوسف أنه يقطع اذا بلغت حليته نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ولنا أنه ليس بمحرز للتمول وآخذه يتأول القراءة فيه وهذا لان المقصود في المصحف القرآن لا الحلية والجلد والورق وهو لا يوصف بالمالية ووجوب القطع باعتبارها فصار ذلك شبهة وهذه الاشياء أتباع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر أو ثريد أو غيره مما لا يجب فيه القطع وقيمة الاواني تبلغ نصابا فانه لا يقطع فيها لما أنها تبع فاذا لم يعتبر الاصل فاولى أن لا يعتبر التبع وهي على الخلاف فلا يصح الالزام وعلى هذا الخلاف ما لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه فضة أو ذهب مضروب يزيد على النصاب لان المقصود هو الثوب فكان هو المنظور اليه بخلاف ما اذا سرق منديلا قد صر فيه ذلك حيث يقطع اجماعا لان المنديل يصر فيه عادة فكان ما فيه معتبرا اذ هو المقصود بالاخذ وفرقوا في مسألة الثوب بين أن يكون عالما بما صر فيه وبين أن لا يكون عالما به فأوجبوا القطع في العالم به دون غيره ولم يفرقوا في مسألة الاواني ولو شرب الخمر في الدار أو أراقه ثم أخرج الآنية يقطع اجماعا قال رحمه الله (وباب مسجد) لعدم الاحراز كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها بخلاف باب المسجد قال رحمه الله (وصليب ذهب وشطرنج ونرد) لان من أخذها يتأول الكسر كما في المعازف بخلاف الدراهم التي عليها

(قوله وقال الشافعي يقطع في الفواكه الرطبة وعما يتسارع الخ) روى الحاكم في الكافي عن الحسن البصري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في طعام والمراد الطعام الذي لا يبقى ويتسارع اليه الفساد وما في ماليته قصور كاللحم والثمر بدليل وجوب القطع في الحنطة والسكر بالاجماع اه اتقاني (قوله لان ما يؤويه الجرين هو اليابس من الثمار) أي وفيه القطع وهذا لان ثمار المدينة لا تؤوي الا يابسة فيكون مما يبقى بعد الايواء على عادتهم وكذا عندنا لا يقطع اذا صارت تمرا على رؤس الاشجار اه دراية (قوله وفيه القطع) أي في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وعنه أنه لا قطع فيها أيضا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي اه اتقاني (قوله وفي القحط لا يقطع في الطعام) قال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الحنطة في سنبلها لان هذا مال ظاهر غير محرز فاذا كان محرزا يقطع الا اذا كان في عام السنة لا يقطع لانه سرق متأولا الى هذا لفظه يعني اذا كان في عام القحط لا يقطع سارق الحنطة وان كان محرزا لانه تأول دفع ضرورة المخمصة وقد جاء في حديث عمر لا قطع في عام سنة ولا في عذق معلق اه اتقاني (قوله بخلاف الاشربة المطربة) يقال أطربه فطرب والطرب أن يستخفك فرح أو حزن والمراد منها الاشربة المسكرة وبذلك صرح فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وانما لم يقطع منها لان بعضها حرام كالخمر يتأول سارقها اراقتها وبعضها مختلف في اباحته فيكون ذلك شبهة في سقوط القطع لان الاختلاف في اباحته يورث شبهة في عدم المالية اه اتقاني رحمه الله (قوله وفي مالية بعضها اختلاف) أي المنصف والباذق وماء الذرة والشعير فان كل مسكر حرام عند الشافعي كالخمر ولا مالية له اه معراج الدراية (قوله وفي المعازف) المعازف آلات يضرب بها الواحد عزف مثل فلس على غير قياس قال الازهري وهو نقل عن العرب واذا قيل المعزف بكسر الميم فهو نوع من الطنابير يتخذه أهل اليمن قال وغير الليث يجعل العود معزفا اه مصباح قال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الملاهي كالدف والطبل والمزمار وغيرها لانه لا ضمان على كاسرها عند أبي يوسف ومحمد فاوجب قصورا في ماليتها فصار ذلك شبهة في عدم القطع وقال في الفتاوى الولوالجي رجل سرق طبلا للغزاة وهو يساوي عشرة تكلموا فيه والمختار أنه لا يقطع لانه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة اه اتقاني رحمه الله (قوله حتى يجوز بيعه) أي ولان ورقه مال وما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص اه كمال (قوله فأوجبوا القطع في العالم به دون غيره) وعن أبي يوسف يقطع في الحالين لان سرقته تمت في نصاب كامل وقلنا السارق قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم كذا في المبسوط اه دراية (قوله في المتن وباب مسجد) قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان اعتاد هذا الفعل أي سرقة أبواب المسجد فيجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب اه اتقاني (قوله في المتن وصليب ذهب) والصليب شئ مثلث تعبده النصارى اه اتقاني (قوله وشطرنج) بكسر الشين اه كاكي على وزن قرطعب اه اتقاني قال ابن الجواليقي في كتاب ما تلحن فيه العامة ومما يكسر والعامة تفتحه أو تضمه وهو الشطرنج بكسر الشين قالوا وانما كسر ليكون نظير الاوزان العربية مثل جردحل اذ ليس في الاوزان العربية فعلل بالفتح حتى يحمل عليه اه مصباح (قوله ونرد) أي وان كان من ذهب اه كاكي (قوله لان من أخذها يتأول الكسر كما في المعازف) ويضمن مثل ذهبه وزنا اه اتقاني

التمثال

(قوله وعن أبي يوسف اذا كان الصليب في مصلاهم) أي موضع صلاتهم اه (قوله يقطع لعدم الحرز في الاول) أي لانه بيت مأذون في دخوله اه اتقاني (قوله في المتن وصبي حر) قيد به احترازا عن سرقة العبد الصغير كما يجيء اه كاكي (قوله في المتن وصبي حر ولو معه حلى) يعني لا قطع قال الاتقاني وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا ولهذا لم يذكر الخلاف الحاكم الشهيد في الكافي وكذا لم يذكر شمس الائمة البيهقي الخلاف في الشامل في قسم المبسوط وصرح صاحب المختلف بانه ظاهر الرواية أيضا وروى عن أبي يوسف يقطع فعلى هذا كان ينبغي أن يقول صاحب الهداية وعن أبي يوسف يقطع اذا كان عليه حلى هو نصاب مكان قوله وقال أبو يوسف اه يعني والاوهم أن مذهبه المعوّل عليه وليس كذلك اه فتح والزيلعي رحمه الله تبع صاحب الهداية في التعبير بلفظ قال اه (قوله ولا يقصد في دفاتر الحساب) أي وهي دفاتر أهل الديوان اه اتقاني وفي الفوائد البدرية المراد بدفاتر الحساب دفاتر أهل العمل والحساب الذي أمضى حسابه فكان فيها ما لا يقصد بالاخذ اذ ليس فيه أحكام الشرع فكان المقصود الكواغد فيقطع اذا بلغت نصابا ذكره في المحيط اه دراية قوله الذي أمضى أما اذا لم يمض حسابه يكون غرضه الكاغد لا ما فيه فيقطع اه (قوله في المتن ودف) بضم الدال وفتحها اه (قوله وبربط) البربط وزان جعفر من ملاهي العجم ولهذا قيل معرب قال ابن السكيت وجماعة والعرب تسميه المزهر والعود اه مصباح (قوله قيل يقطع فيه) أي لانه مال متقوّم اه ى (قوله وقيل لا يقطع) أي وهو الاصح اه اتقاني واختاره الصدر الشهيد اه كاكي وأيضا وهو المختار كذا في الفتاوى الولوالجية اه (قوله في المتن وبخيانة الخ) قال الامام الكردري الخائن ما يخون فيما في يده من الامانة كالمودع والخائنة للمؤنث والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة جهرا لا قطع فيه باجماع العلماء وفقهاء الامصار لعدم صدق السرقة عليها اه دراية

التمثال لانهما أعدّا للعبادة بل للتمول فلا يثبت فيهما تأويل الكسر وعن أبي يوسف رحمه الله اذا كان الصليب في مصلاهم لا يقطع وان كان في حرز يقطع لعدم الحرز في الاول ووجوده في الثاني قال رحمه الله (وصبي حر ولو معه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه تبع له فلا يعتبر ولانه يتأول اسكاته وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حلى يساوي النصاب وقد بينا الوجه من الجانبين في المصحف المحلى والاواني والخلاف في غير المميز وفي المميز لا يقطع اجماعا وان كان عليه حلى لانه خداع وليس بسرقة لما أن له يدا على نفسه وعلى ما في يده قال رحمه الله (وعبد كبير ودفاتر) بخلاف الصغير ودفاتر الحساب لان سرقة العبد الكبير غصب وخداع والصغير ليس له يد معتبرة على نفسه وهو مال فيتحقق فيه السرقة والمراد بالصغير غير المميز وان كان مميزا فهو كالكبير لما بينا في الحر واستحسن أبو يوسف في غير المميز أيضا أنه لا يقطع لانه آدمي وان كان مالا من وجه وهما اعتبرا جهة المالية فيه لوجود حد المالية فيه ولو كانت قيمته أقل من النصاب وفي اذنه شئ مثله يقطع باعتبار الضم والدفاتر المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولا يقصد في دفاتر الحساب ما فيها اذ لا نفع فيه لغير صاحبه فكان المقصود هو الكاغد وفي دفاتر الادب روايتان في رواية ملحقة بالحساب لانه غير محتاج اليه اذ ليس فيه أحكام وفي رواية ملحقة بالاحاديث والتفسير والفقه فلا يقطع فيها اذ الحاجة اليها لمعرفة التفسير والاحكام ثابتة لان معرفتها تتوقف عليها ولان نفعها متعد وهي معدة لوقت الحاجة ولا يقصد بها التمول فصارت كغيرها من الدفاتر قال رحمه الله (وكلب وفهد) لان جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان اختلاف العلماء في مالية الكلب يورث شبهة ولو كان على الكلب طوق ذهب أو فضة لا يقطع علم به أو لم يعلم لانه تبع له كالصبي الحر اذا كان عليه حلى قال رحمه الله (ودف وطبل وبربط ومزمار) لان هذه الاشياء لا قيمة لها عندهما ولهذا لا يضمن متلفها ويجب كسرها عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان يجب الضمان على المتلف باعتبار صلاحيتها لغير اللهو لكن باعتبار مقصوده وهو اللهو أورث شبهة لان الآخذ يتأول النهي عن المنكر فيكفي ذلك لدرء الحد هذا اذا كان للهو وان كان الدف أو الطبل للغزاة اختلف المشايخ فيه قيل يقطع فيه لانه مباح لارهاب العدو به وقيل لا يقطع لانه يصلح لغيره من اللهو فأورث شبهة قال رحمه الله (وبخيانة ونهب واختلاس) لما روى عن جابر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصححه الترمذي ولان الحرز والاخفاء شرط القطع وعدما في الاول ولم يوجد الثاني في الاخيرين فانتفى ركن السرقة وشرطها فلم يقطع وما روى أنه عليه الصلاة والسلام قطع مخزومية كانت تستعير المتاع وتجحده محمول على انه منسوخ بما روينا أو على أنه سياسة لتكرار الفعل منها قال رحمه الله (ونبش) أي لا قطع بسبب نبش وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وقال الشافعي يقطع به وهو قول أبي يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام من نبش قطعناه ولانه سرق مالا متقوما يبلغ نصابا من حرز مثله فوجب القطع بها اعتبارا بسائر أنواع الحرز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولانه تمكن الخلل في السرقة والملك والمالية والحرز والمقصود وكل واحد منها يمنع القطع أما الاول فلان السرقة أخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم وغفلة والنباش

(قوله فلانه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه) أي ولا الوارث لانه لو نبش القبر وأخذ الكفن يقطع عند الشافعي فلو كان مالكا له لم يقطع لان الانسان لا يقطع في ملك نفسه اه اتقاني (قوله ومن جدع أنفه) بالدال المهملة اه (قوله باجماع من كان في عصره) أي في

لا يسارق عين من يقصد حفظه وانما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يكون في معناه ولهذا اختص باسم آخر ولا يسمى سارقا فلا تتناوله آية السرقة وأما الثاني فلانه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه ولان الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينافيه وأما الثالث فلان المال عبارة عما تميل اليه النفوس وتضن به وهو مخلوق لمصالح الآدمي والطباع السليمة تنفر عنه فضلا عما تضن به وأما الرابع فلانه ليس بحرز بالميت لانه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لانه حفرة في الصحراء فلا يكون حرزا ولهذا لو دفن فيه مال آخر غير الكفن لا يقطع سارقه وأما الخامس فلان المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج الى الزاجر وما رواه غير مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر في آخره من قتل عبده قتلناه ومن جدع أنفه جدعناه ولا يكاد يثبت هذا أبدا ولئن ثبت فهو محمول على السياسة فيمن اعتاد ذلك ونحن نقول بذلك اذا رأى الامام فيه مصلحة والذي يدل على ذلك أن نباشا أتي به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيأ فعزره أسواطا ولم يقطعه ولو كانت الآية تتناوله أو كان فيه حديث مرفوع لبينوا له ولا احتاج هو الى مشاورتهم ولا كانوا يتفقون على خلاف ذلك وما روى فيه من اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ارتفع باجماع من كان في عصره منهم وقوله من حرز مثله قلنا حرز المثل لا يختلف في جنس واحد وانما يختلف باختلاف الاجناس كما اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق منه لؤلؤا لا يقطع وكذا لو سرق شاة من حظيرة يقطع ولو سرق منها ثوبا لا يقطع لان كلا منهما حرز في حق الدابة والشاة دون اللؤلؤ والثوب لاختلاف الجنس وفيما نحن فيه لو سرق منه ثوبا آخر غير الكفن لا يقطع فيه ولو كان حرزا الكفن لقطع فيه لاتحاد الجنس لان معنى الصيانة بالحرز لا تختلف في جنس واحد ولا يقال لو لم يكن حرزا لكان تضييعا وبه يجب الضمان على الاب والوصي في مال الصغير ولم يقل أحد بوجوب الضمان عليهما اذا كفنا الصغير من ماله فكان حرزا ضرورة لانا نقول لو كان حرزا لما ضمنا ثوبا آخر له غير الكفن بدفنه فيه وانما لا يضمنان بالتكفين لانه صرف الى حاجة الميت وبه لا يكون تضييعا كالقاء البذر في الارض وذبح الشاة للاكل وتناول الطعام لحاجته وان كان القبر في بيت مغلق لا يقطع في الاصح لما بينا من الخلل وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا آخر غير الكفن لانه يتأول بالدخول فيه زيارة القبر وكذا اذا سرق الكفن من تابوت في القافلة وعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق من بيت فيه الميت لانه يتأول بالدخول فيه تجهيزه وهو أظهر من الكل لوجود الاذن بالدخول فيه عادة قال رحمه الله (ومال عامة أو مشترك) أي لا يقطع في مال بيت المال أو في مال للسارق فيه شركة لان له فيه شركة حقيقة أو شبهة شركة فان مال بيت المال مال المسلمين وهو منهم واذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث ذلك شبهة والحدود تدرأ بها قال رحمه الله (ومثل دينه) أي لا يجب عليه القطع اذا سرق من مديونه قدر دينه من جنسه والدين حال لانه استيفاء لدينه وله ذلك من غير رضا من عليه اذا ظفر به وان كان الدين مؤجلا يقطع قياسا لانه لا يباح له أخذه فصار كأخذه من غيره ولا يقطع استحسانا لان دينه ثابت في ذمته والتأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة وان سرق من خلاف جنس حقه فان كان نقدا لا يقطع في الصحيح لان النقدين جنس واحد حكما ولهذا كان للقاضي أن يقضي به دينه من غير رضا المطلوب ويضم أحدهما الى الآخر في الزكاة وان كان عرضا يقطع لانه ليس باستيفاء وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضي وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه فان عند ابن أبي ليلى له أن يأخذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية

عصر مروان من الصحابة اه (قوله وتناول الطعام لحاجته) أي لحاجة الصغير اه (قوله فان كان نقدا لا يقطع) قال في الهداية ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد اه (قوله وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضي) أي ولهذا اذا سلم اليه المديون العروض له أن يمتنع من ذلك بخلاف تسليم الدراهم حيث يجبر فظهر الفرق بين جنس الحق وغيره وقال في كتاب السرقة فان قال انما أردت أن آخذ العروض رهنا بحقي أو قضاء بحقي درئ عنه القطع وذلك لان فيه اختلافا فعند ابن أبي ليلى له أن يأخذ خلاف جنس حقه لوجود المجانسة من حيث المالية وبه أخذ الشافعي واختلاف العلماء أورث شبهة في درء الحد وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عن أبي يوسف أنه لا يقطع في العروض وان لم يدع الاخذ لحقه لكون اختلاف العلماء شبهة اه اتقاني رحمه الله وكذا يقطع اذا سرق حليا من فضة وحقه دراهم لانه لا يصير قصاصا لحقه بل يصير بيعا مبتدأ ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع الا أن يكون المولى وكلهما بالقبض فحينئذ لا يجب القطع لان حق الاخذ لهما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع والمسائل مذكورة في شرح القدوري والفتاوى الولوالجية وغيرهما اه اتقاني

ومن

(قوله حتى لو ادعاه) أي الاخذ بحقه أو الرهن اه (قوله المقذوف الاول) وفي المرغزية هذا اذا قذفه بعين ذلك الزنا أما لو نسبه الى غير ذلك الزنا يحد ثانيا وقدمر في حد القذف اه دراية (قوله بخلاف ما اذا تغيرت عن حالها) أي كما لو كان قطنا فصار غزلا أو كان غزلا فصار ثوبا يقطع بالاجماع لان العين تتبدل بها عن حالها صارت في حكم

عين أخرى فلو سرق عينا وقطع فيها ثم سرق عينا أخرى يقطع ثانيا فكذا هنا ولهذا ينقطع حق المالك عن المغصوب بفعل الغاصب هكذا قال (قوله ثم سرقها الاول) أي السارق الاول اه (قوله لان المشترى الاول) وهو السارق اه (قوله حد القذف) كذا بخط الشارح وصوابه حد السرقة وقوله أما حد السرقة الخ يؤيده ما قلناه اه قال في الدراية فان قيل حد السرقة خالص حق الله تعالى كحد الزنا وحد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى لو زنى بامرأة فحد ثم زنى ثانيا بتلك المرأة يحد فينبغي أن يكون حد السرقة كذلك بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد وقد حصل المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف بالمرة الاولى فلا يحتاج اليه ثانيا قلنا في حد الزنا يجب باعتبار أن حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الاولى بخلاف المالية والتقوم الذي هو حق المالك في العين فانه سقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق ولان هذا حق لا يستوفى الا بخصومة المالك أو نائبه ولا يتكرران بخصومة في محل واحد كحد القذف بخلاف حد الزنا فانه لا يعتبر فيه الخصومة كذا في المبسوط اه (قوله في المتن والابواب المتخذة من الخشب) يعني ولا يقطع في الخشب (١) الا في خمسة الساج والسيج والعود والخلنج والصندل والآبنوس وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقطع في الصنوبر كذا بخط الشارح

ومن العلماء من يقول له أن يأخذ مرهونا بحقه فأورث شبهة قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعاه درئ الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد قال رحمه الله (وبشئ قطع فيه ولم يتغير) أي لا يقطع بسرقة شئ كان قد سرقه من قبل وقطع فيه اذا لم يتغير عن حالته الاولى وان تغير بان كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم رده الى صاحبه فنسجه أو نحو ذلك ثم سرقه قطع فيه ثانيا والقياس أن يقطع وان لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولانه سرق مالا معصوما كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالاولى بل أولى لتقدم الزاجر ولا إشكال في عصمته ألا ترى أنه يضمنه بالغصب و بالاتلاف فصار كما اذا تغير عن حاله أو باعه من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع يستلزم سقوط عصمة المحل حقا للعبد على ما نبين من قريب ان شاء الله تعالى و بالرد الى المالك ان بقيت حقيقة العصمة بقيت فيه شبهة السقوط نظرا الى اتحاد المالك والملك والعين وبقاء السبب الموجب لسقوط عصمة ذلك المال وهو القطع في ذلك المال فأورث شبهة ولان هذه الجناية وجودها نادر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية ولان تحصيل الحاصل محال فصار نظير قذف المحدود في القذف المقذوف الاول لان المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف قد حصل بالاول فلا حاجة الى الثاني بخلاف ما اذا تغيرت عن حالها لانها صارت كعين أخرى حتى تبدل اسمها ويملكها الغاصب به وبخلاف ما اذا باعها من السارق ثم اشتراها منه ثم سرقها الاول لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فصارت كانها تبدلت حقيقة أصله حديث بريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال هو لها صدقة ولنا هدية فان قيل حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد فوجب أن يكون حد القذف كذلك قلنا حد الزنا يجب باعتبار المستوفى من منافع البضع والمستوفى في الزنا الثاني غير المستوفى في الاول لانه عرض لا يبقى فصار كشرب الخمر فان المشروب في الثاني غير المشروب في الاول أما حد السرقة فباعتبار العين وهي لا تختلف حتى لو اختلفت بأن تغيرت وجب عليه القطع ثانيا على ما بينا ولان حد الزنا لا تسقط به عصمة المحل و بحد السرقة تسقط فلا تعود الا بالتغيير عن تلك الهيئة ولان هذا الحد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من رجل واحد في محل واحد كحد القذف بخلاف حد الزنا فانه لا تعتبر فيه الخصومة قال رحمه الله (ويقطع بسرقة الساج والقنا والآبنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) لان هذه الاشياء من أعز الاموال وأنفسها وهي محرزة ولا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وذكر في شرح المختار أن لا قطع في العاج ما لم يعمل فاذا عمل منه شئ قطع فيه ولا قطع في الزجاج لان المكسور منه تافه والمصنوع منه يتسارع اليه الفساد وقيل في المصنوع يقطع لانه مال نفيس لا يتسارع اليه الفساد الا بالتقصير في الاحتراز غالبا و يقطع في العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا في الفصوص قال رحمه الله (والاواني والابواب المتخذة من الخشب) لان الصنعة فيها غلبت على الاصل والتحقت بالصنعة بالاموال النفيسة حتى تضاعفت قيمتها وخرجت من أن تكون تافهة ولهذا تحرز بخلاف المتخذ من الحشيش والقصب لان الصنعة لم تغلب فيه حتى لا تتضاعف قيمته ولا يحرز حتى لو غلبت فيه الصنعة كالحصر البغدادية والجرجانية والعبدانية والاواني التي تتخذ للبن والملاعن الحشيش في

(١) قوله الا في خمسة الخ هكذا في الاصل والمعدود ستة كما ترى فحرر اه مصححه

السودان يقطع فيها لما ذكرنا وانما يقطع في الابواب اذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل حملها على الواحد لانه لا يرغب في سرقة الثقيل من الابواب وان كانت مركبة على الباب لا يقطع فيها لانها لا تكون محرزة به بل هي حرز لغيرها لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال ويصير المال به محصنا وهي بهذه المثابة فلا تكون محرزة بالتركيب والله أعلم

﴿فصل في الحرز﴾ قال رحمه الله (ومن سرق من ذي رحم محرم منه لا برضاع ومن زوجته وزوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام وبيت اذن في دخوله لم يقطع) لوجود الشبهة في كل واحد منها أما الاول وهو ما اذا سرق من ذي رحم محرم منه فللبسوطة في دخول الحرز عادة ولهذا يدخل عليهم من غير استئذان وأباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وجرت البسوطة في الانتفاع بمال الاصول والفروع وتجب نفقته فيه اذا كان فقيرا فكانت الشبهة فيه ظاهرة وهي كافية لدرء الحد بخلاف الصديق لانه بالاخذ من ماله على وجه السرقة عاداه فلم يبق صديقا له وفي غير الولاد من الاقارب خلاف الشافعي لانه يلحقها بالاجانب وقد بيناه في النفقة والعتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم مال غيره لا يقطع لعدم الحرز وبالعكس يقطع لوجوده وينبغي أن لا يقطع في الولاد لما ذكرنا من الشبهة في ماله وقوله لا برضاع لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم وانما يقطع فيه لعدم ما ذكرنا فيه من الشبهة وعن أبي يوسف أنه لا يقطع اذا سرق من أمه من الرضاع لانه يدخل عليها عادة من غير استئذان بخلاف أخته من الرضاع لعدم هذا المعنى قلنا كل ذلك لا يشتهر فلا يوجب البسوطة والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا ولهذا يقطع اذا سرق من أخيه من الرضاع وأما اذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو سرق العبد من سيده أو زوجة سيده أو زوج سيدته

فلوجود

﴿فصل في الحرز﴾ لما فرغ من ذكر المسروق الذي يجب فيه القطع أولا يجب فيه والمسروق هو المال شرع في بيان الحرز لان الحرز شرط وجوب القطع الا أنه أخر ذكره لان الحرز أمر خارج عن المال والحرز في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشئ أي يحفظ وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة أو الشخص بنفسه والمراد من الحرز الا يعد صاحبه مضيعا اه اتقاني (قوله وحمام) أي نهارا اه مجمع (قوله وبيت الخ) بعد قوله وحمام تعميم بعد تخصيص اه (قوله وفي غير الولاد من الاقارب) كالاخ والاخت والعم والخال فعندنا لا يجب القطع وعند الشافعي يجب القطع لظاهر قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولان ملك أحدهما مباين لملك الآخر فيجب القطع لوجود سرقة من حرز كامل ولنا أن القطع لا يجب الا بأخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الاذن بالدخول فلا يبقى المال محرزا في حق السارق ألا ترى الى قوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت اخوانكم أو بيوت اخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم فان قلت الآية تدل على اباحة الاكل لا اباحة الدخول قلت الاكل في البيت لا يكون الا بالدخول فيه فدل إباحة الاكل في البيت على إباحة الدخول فيه ومع اباحة الدخول فيه لا يكون الحرز ثابتا فان قلت كيف يصح استدلالكم بهذه الآية وقد قال تعالى فيها أو صديقكم ومع هذا لو سرق من بيت الصديق قطع قلت لما سرق ظهر أنه لم يكن صديقا بل كان عدوا بخلاف ما اذا سرق من أخيه أو عمه أو خاله لا يقال لم تبق الاخوة أو العمومة أو الخؤلة أو القرابة بالسرقة فظهر الفرق والجواب عن آية السرقة فنقول انها مخصوصة بالاجماع قد خص منها الصبي والمجنون وقرابة الولاد وغير الحرز ومال فيه شركة للسارق ونحو ذلك فلما كان كذلك قلنا هذا مال غير محرز في حق السارق لوجود الاذن بالدخول فلا يقطع كما اذا سرق من المسجد اه اتقاني (قوله بخلاف الشافعي) أما قرابة الولاد فلا قطع فيها بالاجماع اه اتقاني (قوله وبالعكس يقطع) أي كما اذا سرق مال ذي الرحم المحرم من غير بيت ذي الرحم المحرم اه (قوله لا حاجة الى اخراجه) لك أن تقول بل يحتاج اليه لان ابن العم مثلا أو ابن الخال اذا كان أخا من الرضاع يصدق عليه أنه ذو رحم محرم فيدخل تحت قوله ذي رحم محرم فأفاد المصنف رحمه الله بقوله لا برضاع أنه لا بد أن تكون المحرمية من جهة النسب هذا ما ظهر لي حال المطالعة اه ثم رأيت البدر العيني رحمه الله أجاب عن المصنف رحمه الله بمثل ما ظهر لي ولله الحمد على الموافقة اه (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يقطع الخ) قال في شرح الطحاوي ولو سرق من أمه من الرضاع أو من أبيه من الرضاع وجب القطع وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عن أبي يوسف في شرح القدوري أنه لو سرق من أمه رضاعا لا يقطع اه (قوله قلنا كل ذلك) أي من الرضاع اه (قوله فلا يوجب البسوطة) هذا جواب عن قول أبي يوسف انه يدخل على الام من الرضاع من غير استئذان يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا يقطع فقال الرضاع قليل اشتهاره عادة فلا انبساط بينهما حينئذ لعدم اشتهار الرضاع احترازا عن الوقوف في موقف التهمة بخلاف الام من النسب فان النسب أمر مشتهر فالانبساط متحقق لا محالة اه (قوله وأما اذا سرق أحد الزوجين من الآخر) فان قلت أحد الزوجين ربما يحرز ماله عن الآخر قلت نعم لكن لا يمنع ذلك التبسط في المنزل

فلوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز ولو أبانها بعد السرقة وانقضت عدتها ثم رفع الامر الى القاضى لا يقطع لان السرقة انعقدت غير موجبة للقطع فلا تنقلب موجبة كما اذا وهبها ثم أبانها حيث لا يكون له الرجوع فيها ولو سرق من امرأته المبتوتة فى العدة أو سرقت هى منه لا يقطع لان الخلطة بينهما قائمة اذ الدخول مباح للاطلاع صيانة لمائه أو لوجوب السكنى عليها حيث يسكن وقيل يقطع اذا كان المنزل للمسروق منه دون السارق لان كلا منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه فحرم الدخول عليه كما بعد انقضاء العدة ولو سرق رجل من أجنبية أو امرأة من أجنبى ثم تزوجها قبل القطع لا يقطع لوجود الشبهة قبل الامضاء فصار كما اذا ملك المسروق فى تلك الحالة بخلاف ما اذا وهب لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يسقط الرجوع لان المعترض شبهة الملك والشبهة توجب سقوط الحد دون الرجوع بخلاف الوصية حيث تعتبر فيها حالة الموت لا غير لما عرف فى موضعه وعن محمد أنه اذا تزوجها بعد القضاء يقطع وكذا لو سرق أحدهما من حرز للآخر لا يسكنان فيه لوجود البسوطة بينهما فى الاموال عادة ودلالة ذلك أنها لما بذلت نفسها وهى أنفس من المال فالنفس أولى ولهذا لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر والعبد فى هذا ملحق بمولاه حتى لا يقطع فى سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لانه مأذون له بالدخول عادة فى بيوت هؤلاء لاقامة المصالح والمكاتب فيه كالقن لانه عبد ما بقى عليه درهم وكذا المأذون له فى التجارة وأما اذا سرق من مكاتبه فلان له حقا فى أكسابه ولهذا لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبه فتحققت الشبهة وأما اذا سرق من ختنه وصهره فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقطع له أن العادة قد جرت بالبسوطة فى دخول بعضهم منازل بعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة فى الحرز ولهما أنه لا شبهة فى ملك البعض لانها تكون بالقرابة ولا قرابة والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع وعلى هذا الخلاف اذا سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة وأما اذا سرق من مغنم فلما روى عن على رضى الله عنه أنه أتى برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا وأما اذا سرق من الحمام أو من بيت أذن للناس بالدخول فيه فلاختلال الحرز بالاذن فى الدخول وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه اذا سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد وصاحبه عنده والفرق على الظاهر أن الحمام بنى للاحراز فكان حرزا فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف المسجد لانه ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء ألا ترى أنه اذا سرق من الحمام فى وقت لا يؤذن الناس بالدخول فيه يقطع وفى المسجد لا يقطع مطلقا وحوانيت التجار والخانات كالحمام لانها بنيت للاحراز والاذن مختص بوقت التجارة ثم لا بد من الحرز لان الاختفاء لا يتحقق بدونه وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو المكان المعد

فيمتنع القطع لوجود التبسط كما اذا أحرز الاب ماله عن ابنه فسرق الابن اهـ اتقانى (قوله فانعدم الحرز) وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده قال ليس عليه شئ خادمكم سرق متاعكم ذكره مالك فى الموطا فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى اهـ اتقانى (قوله حيث لا يكون له الرجوع فيها) قال فى غاية البيان ولو سرق من امرأته أو المرأة من زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما اهـ (قوله أو سرقت هى منه لا تقطع) قال الاتقانى وان كانت منقضية العدة يجب القطع اهـ (قوله ولو سرق رجل من أجنبية الخ) قال الاتقانى رحمه الله ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لم يجب القطع عليه سواء قضى بالقطع عليه أم لم يقض فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قضى عليه بالقطع تقطع يده اهـ (قوله فالنفس) كذا بخط الشارح وصوابه فالمال وقد صرح بذلك فى معراج الدراية وغيرها اهـ (قوله والمكاتب فيه) أى فيما سرق من مولاه كالقن اهـ وكذا المدبر عبد ما لم يمت المولى ولا قطع على العبد فى مال سيده لما بينا اهـ اتقانى (قوله له حقا فى أكسابه) أى ولان مال المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه لانه ان أدى بدل الكتابة فهو له وان عجز عنه فماله للمولى ولا قطع فى المال الموقوف على السارق وعلى غيره كما اذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار اهـ اتقانى (قوله وأما اذا سرق من ختنه) سيأتى فى المتن فى الوصية أن الاصهار كل ذى رحم محرم من امرأته وأن الاختان زوج كل ذى رحم محرم منه اهـ (قوله وأما اذا سرق من مغنم) قال الاتقانى قال فى شرح الطحاوى ولا قطع على من سرق من الغنائم وأطلق الرواية كما أطلق الرواية فى مختصر القدورى و ينبغى أن يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب من الغنيمة فى أربعة الاخماس أو فى الخمس كالغانمين أو اليتامى والمساكين وابن السبيل أما غيرهم فلا نصيب له فى الغنيمة فينبغى أن يقطع لانه سرق مالا مستتما لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخلاف السارق من بيت المال فانه معد لمصالح عامة المسلمين وهو منهم فصار كمال فيه شركة للسارق فلا يقطع اللهم الا أن يقال ان مال الغنيمة مباح أخذه فى الاصل لكل أحد وهو بعد على صورته التى كان عليها ولم يتغير فصار بقاؤه على صورته شبهة فى سقوط القطع والمغنم الغنيمة اهـ (قوله وقال إن له فيه نصيبا) قال الاتقانى وتعليل على رضى الله عنه يدل على ما قلنا اهـ

لاحرازالاموال كالدور والبيوت والصناديق وأمثال ذلك وحرز بالحافظ كمن جلس على الطريق أو المسجد وعنده متاعه وهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد وفى المحرز بالمكان لايعتبر الاحراز بالحافظ فى الصحيح لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز مايمنع وصول اليد الى المال وبه امتنع مع اختفائه فيه عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الاصل حتى لو أذن له فى الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده حاضر لا يقطع لان الحافظ لايعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط بالاذن ولو كان باب الدار مفتوحا بالنهار فسرق لا يقطع لانه مكابرة وليس بسرقة ولو كان فى الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع ذكره فى شرح المختار وفى المحيط الفشاش وهو الذى يهيئ لغلق الباب مايفتحه ففش بابا فى الدار أو فى السوق نهارا وليس فى الدار ولا فى السوق أحد لم يقطع وان كان فيها أحد من أهلها وأخذ المتاع وهو لا يعلم به يقطع ومثله فى البدائع وأوجب القطع فى الهداية فى الخانات وفى الحوانيت ليلا لانهارا مطلقا هذا فى المفتوحة وفى المغلقة يقطع مطلقا فى الاصح والاخراج من الحرز شرط لوجوب القطع فى المحرز بالمكان لقيام يده قبله وفى الحافظ يكتفى بمجرد الاخذ لزوال يد المالك به فتتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما عنده فى الصحيح واطلاق القدورى بقوله وصاحبه عنده يدل على ذلك وقيل لا يكون محرزا فى حال نومه الا اذا كان تحت جنبه أو تحت رأسه وجه الاول أن المعتبر الاحراز وقد حصل به فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له لا مضيعا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله قال رحمه الله (ومن سرق من المسجد متاعا وربه عنده قطع) لما روينا وذكرنا من المعنى قال رحمه الله (وان سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيأ ولم يخرجه من الدار لا) أى لا يقطع لان البيت فى حق الضيف لم يبق حرزا لكونه مأذونا له فى دخوله فصار بمنزلة أهله والدار بما فيها فى يد صاحبها فى المعنى وهى كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ليتحقق الاخذ من كل وجه بخلاف الغصب حيث يجب عليه الضمان بالاخذ وان لم يخرجه من الدار فى الصحيح لانه يجب مع الشبهة هذا اذا كانت الدار صغيرة لا يستغنى أهل البيوت عن الانتفاع بصحنها فانها حينئذ تكون كلها حرزا واحدا حتى لو أذن له فى دخولها فسرق من البيت لا يقطع وان كانت كبيرة فسرق منها وأخرجه الى صحنها يقطع وان لم يخرجه منها على مايجئ من قريب قال رحمه الله (وان أخرجه من حجرة الى الدار أو أغار من أهل الحجرة على حجرة أو نقب فدخل وألقى شيأ فى الطريق ثم أخذه أو حمله على حمار فساقه وأخرجه قطع) لتحقق السرقة فى هذه الجملة أما اذا أخرجه من حجرة الى الدار أى الى صحنها فلان الاخراج من الحرز قد تحقق فيترتب عليه موجبه وهذا اذا كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير أى حجر ومنازل وفى كل مقصورة مكان يستغنى به أهله عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون اخراجه اليه كاخراجه الى السكة لان كل مقصورة حرز على حدة اذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة ومال كل واحد محرز بمقصورته فكانت المنازل بمنزلة دور فى محلة وأما اذا أغار من أهل الحجرة على أهل حجرة أخرى فالمراد به اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة المحلة وان كانت صغيرة بحيث لا يستغنى أهل المنازل

(قوله كالدور والبيوت والصناديق) أى والحانوت والخيمة والجرين اه اتقانى (قوله سارق رداء صفوان) أى ابن أمية اه (قوله وهو نائم فى المسجد) ذكره فى الموطا والسنن أيضا اه اتقانى (قوله ولهذا لا يضمن المودع) وفى فتاوى الظهيرية انما لايجب الضمان على المودع فيما اذا وضع الوديعة بين يديه فيما اذا نام قاعدا أما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان فى الحضر أما فى السفر لاضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا اه دراية (قوله وأما اذا أغار) (٢٢٢) قال الاتقانى قال صاحب المغرب أغار لفظ شمس الائمة الحلوانى والصيمرى وهو من أغار على العدو وأما لفظ محمد وان أعان يعنى بالعين المهملة والنون وهو الاوجه لان الاغارة تدل على الجهر والمكابرة والسرقة على الخفية وللاول وجه أيضا عندى أن يدخل اللص مكابرة بالليل جهرا او يخرج المال فانه يقطع لوجود الخفية عن أعين الناس ويحتمل أن يكون ذلك اللفظ أيضا رواية عن محمد لان شمس الائمة الحلوانى مع تبحره فى العلوم لاسيما الفقه ليس ممن يتهم فى هذا القدر والاغارة جاءت بمعنى الاسراع والعدو أيضا قال الفرزدق

رأونا فوقهم ولنا عليهم
صلاة الرافعين مع المغير

يقول اذا اجتمع الناس بالموسم رأونا أعتهم والمغير المسرع وهذا من قول أبى سيارة عميلة بن خالد العدوانى وكان يدفع بالناس من المزدلفة على حمار أربعين سنة فضربت العرب بحماره المثل فقالوا أصح من عير أبى سيارة وكان يقول أشرق ثبير كيما نغير فعلى هذا يكون معناه أسرع انسان وعدا من مقصورة على مقصورة فسرق منها قطع وجاء أغار الحبل أى فتله فتلا شديدا ذكره فى ديوان الادب وغيره والفتل يستعمل فى عن المخادعة ويجوز أن يستعمل مافى معناه فيها أيضا ألا ترى الى ماجاء فى حديث الزبير أنه سأل أم المؤمنين عائشة الخروج الى البصرة فأبت عليه فمازال يفتل فى الذروة والغارب حتى أجابته الذروة أعلى السنام والغارب مقدمه هو مثل يقال مازال يفتل فى ذروته أى يخادعه حتى يزيله عن رأى هو عليه كذا قال الاصمعى فعلى هذا يكون معناه اذا احتال وخادع انسان من أهل مقصورة على مقصورة أخرى فسرق منها قطع اه كلام الاتقانى رحمه الله وقال الكمال يريد دخول مقصورة على غرة فأخذ بسرعة يقال أغار الفرس والثعلب فى العدو اذا أسرع اه

عن الانتفاع ببعض الدار بل ينتفعون بها انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها وأما اذا نقب ودخل الخ فلانه هتك الحرز بالدخول وتمت السرقة بالاخراج والاخذ وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول الالقاء غير موجب للقطع وكذا الاخذ من الطريق فصار كما لو ألقاه في الطريق ولم يأخذه أو أخذه غيره من الطريق ولنا أنه حيلة معتادة بين السراق إما لتعذر الخروج مع المتاع أو ليمكنه الدفع والفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فصار الكل فعلا واحدا وهذا لان يده ثبتت عليه بالاخذ ثم بالرمي لم تزل يده حكما ألا ترى أن من سقط منه مال فأخذه غيره ليرده على صاحبه ثم رده الى موضعه لم يضمن لانه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فكأنه رده الى يده حقيقة فاذا أبقى يده حكما وتأكد ذلك بالاخذ يقطع بخلاف ما اذا لم يأخذه لانه مضيع لا سارق وهذا لان رميه متردد بين أن يكون التضييع لان منهم من يقصد التضييع على صاحبه وبين أن يكون حيلة لاتمام الاخذ وأيهما فعل تبين أن الرمي كان لذلك وأما اذا حمله على حمار الخ فلان سير الحمار مضاف اليه بسوقه ولهذا يضمن السائق ما أتلفت الدابة ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع وفي قوله فساقه اشارة اليه ولو ألقاه في نهر في الدار فان كان الماء ضعيفا وأخرجه بتحريك السارق قطع لان الاخراج مضاف اليه وان أخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع وقيل يقطع وهو الاصح لانه أخرجه بسببه ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله (وان ناول آخر من خارج أو أدخل يده في بيت وأخذ أو طر صرة خارجة من كم أو سرق من قطار بعيرا أو حملا لا) أي لا يقطع في هذه الاشياء كلها لعدم الحرز أو لعدم هتكه أما الاول وهو ما اذا ناول آخر من خارج البيت ومراده اذا نقب ودخل وناول المتاع غيره فلان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجدا في كل واحد منهما اذ الخارج لم يوجد منه الهتك والداخل لم يوجد منه الاخراج وان وجد باخراج يده فقد بطل باعتراض يد الآخر عليه فلم تتم السرقة في كل واحد منهما وعن أبي يوسف أن على الداخل القطع على كل حال لان الهتك تم منه فصار المال مخرجا بفعله أو بمعاونته وأما الخارج فان أدخل يده يقطع لوجود الاخراج من الحرز وان لم يدخل يده ولكن الداخل أخرج يده وناوله لا يقطع لعدم الهتك والاخراج منه وعن أبي يوسف رواية أخرى ان الخارج اذا أدخل يده وأخذ المتاع يقطع لحصول المقصود ذكرها في البدائع وهو أشبه بمذهبه على ما يأتي بيانه وأما اذا أدخل يده في بيت يعني من النقب وأخذ المتاع فلما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل كيف ذلك قال أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخله هو ولان هتك الحرز معتبر لايجاب القطع وفي الحدود يراعى كمال السبب والشروط احتيالا للدرء وأكمل جهة هتك الحرز بالدخول فيشترط بخلاف الصندوق والجيب والكم ونحوه لان الممكن فيها ادخال اليد لا الدخول فيشترط الممكن لا غير للتعذر وفيه خلاف أبي يوسف هو يقول ان السرقة أخذ المال من الحرز على الخفية وقد تحقق بادخال يده كما تحقق بدخوله بنفسه والدخول وسيلة اليه فلا يعتبر عند حصول المقصود بغيره كما في الصندوق ونحوه والحجة عليه ما ذكرنا والفرق ما بينا وحصول المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع ألا ترى أنه لو شق جوالقا فتبدد ما فيه من الدراهم فأخذه لا يقطع وان حصل مقصوده لعدم الهتك وان أدخل يده فأخذ يقطع لوجود الهتك وأما اذا طر صرة خارجة من الكم فلان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وهو المعتبر في الباب وان كانت الصرة داخلة فطرها وأخذها قطع لان الرباط من داخل فبالطر تبقى الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ من الداخل فوجد الهتك ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس العلة وعن أبي يوسف أنه يقطع في الاحوال كلها لانه محرز بالكم أو بصاحبه قلنا لا يعتبر الحرز بالحافظ الا اذا كان يحفظه من السراق وبعد

(قوله فصار الكل فعلا واحدا) اى بخلاف ما اذا أخذه غيره حيث لا قطع عليه لانه لم يأخذه من الحرز وليس على السارق ايضا قطع حينئذ لانه باعتراض يد الآخر لم تبق يده قائمة على السرقة حين الخروج وقد خرج ولا مال في يده لا حقيقة ولا حكما فصار كما لو استهلكه في الحرز ثم خرج اه اتقاني رحمه الله (قوله ثم بالرمي لم تزل يده حكما) أى لعدم اعتراض يد أخرى على يده اه كاكي (قوله ثم رده الى موضعه لم يضمن) سيأتي في باب اللقطة بأتم من هذا اه (قوله ولهذا يضمن السائق الخ) وفي مبسوط أبي اليسر وكذا لو علقه على عنق كلب فزجره يقطع ولو خرج من غير زجر لا يقطع اه كاكي (قوله ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع) أى لان للبهيمة اختيارا لنفسها اه كاكي قال في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق الى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء الى منزله لا يقطع وكذا لو علق شيأ على طائر وتركه ثم طار الى منزله اه اتقاني (قوله وان أخرجه الماء بقوة جريه لا يقطع) كذا في شرح الاتقاني نقلا عن الخلاصة واقتصر عليه اه (قوله وأخذ المتاع) أى من غير مناولة الداخل اه (قوله وأما اذا طر صرة) الطر الشق ومنه الطرار والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم اه كاكي (قوله لانه محرز بالكم) أى في صورة طرها خارج الكم اه كاكي (قوله أو بصاحبه) أى في صورة طرها داخل الكم اه كاكي

(قوله لا قطع فى حريسة الجبل) وحريسة الجبل هى الشاة المسروقة مما يحرس فى الجبل وقيل هو من قولهم السارق حارس على سبيل التعكيس وفى التكملة حرسنى شاة أى سرقها حرسى اهـ مغرب (قوله أو سيفه) أى وهو مستيقظ غير غافل اهـ

﴿فصل فى كيفية القطع واثباته﴾ ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه فالقطع لما تلونا من قبل وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحدان يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد يثنى وقال * ظهراهما مثل ظهور الترسين * والافصح الجمع اهـ اتقانى (قوله فى المتن من الزند) قال فى الصحاح الزند موصل طرف الذراع فى الكف وهما زندان الكوع والكرسوع اهـ قال الاتقانى والكوع طرف الزند الذى يلى الابهام والكرسوع طرف الزند الذى يلى الخنصر اهـ (قوله وهى مشهورة) قال الكمال وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما وهى مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من باب المجمل لان الصحيح أنه لا اجمال فى فاقطعوا أيديهما وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين أنفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم اهـ وقوله فهذا من تقييد المطلق الخ فيه رد لما قاله الاتقانى حيث قال فان قلت الزيادة على النص نسخ عندنا فلذا لا تجوز الزيادة بخبر الواحد فكيف جازت بقراءة عبد الله قلت لا نسلم أنها خبر الواحد وقراءته كانت مشهورة الى زمن أبى حنيفة والزيادة بالمشهور جائزة ولئن سلمنا أنها خبر الواحد فنقول خبر الواحد يجوز أن يكون بيانا لمجمل الكتاب والكتاب مجمل فى حق المقدار وفى حق اليمين أيضا لاحتمال ارادة الشمال فالتحقت قراءته بالكتاب بيانا له على ان المراد اليمين لا الشمال اهـ (قوله لان البطش يقع بها) أى والاخذ أى ربما فتقطع الاصابع لازالة التمكن من الاخذ والبطش اهـ (قوله ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ) قال الاتقانى ولنا ان اليد ذات مقاطع ثلاثة وهى الرسغ والمرفق والمنكب وكل منها يحتمل أن يكون مرادا فزال الاحتمال ببيان النبى صلى الله عليه وسلم حيث أمر بقطع اليد اليمنى من الزند ولان مفصل الزند وهو الرسغ متيقن به لكونه أقل فيؤخذ به لان العقوبات لا تثبت بالشبهة وفيما زاد على الرسغ شبهة فلا تثبت وانما كان مفصل الزند من اليمين مرادا إما ببيان النبى صلى الله عليه وسلم أو بقراءة ابن مسعود اهـ (قوله ثم احسموه) قال الاتقانى الحسم هو الكى بعد القطع بالزيت المغلى ونحوه اهـ قال الكمال وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال صلى الله عليه وسلم ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع ثم حسم ثم أتى به فقال تب الى الله فقال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود فى المراسيل وكذا رواه القاسم بن سلام فى غريب الحديث وأخرج الدارقطنى عن حجية عن على أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأنى أنظر اليهم والى أيديهم كأنها أيور الحمر والحسم الكى لينقطع الدم وفى المغرب والمغنى لابن قدامة هو أن يغمس فى الدهن الذى أغلى وثمن الزيت وكلفة الحسم فى بيت المال عندهم لانه أمر القاطع به وبه قال الشافعى فى وجه وعندنا هو على السارق وقول

ما آدخله فى كمه أو بطه لا يقصد حفظه وانما يقصد قطع الطريق أو الاستراحة بالمشى والقعود لاعتماده عليه فلا يعتبر حافظا من غير قصد ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع فى حريسة الجبل لان مقصود الراعى الرعى دون الحفظ وهو تبع فلا يصلح للقطع لما فيه من شبهة العدم وفى المحيط لو سرق ثوبا عليه وهو رداؤه أو قلنسوة وطرف منطقته أو سيفه أو سرق من امرأة حليا عليها لا يقطع لانها خلسة وليست بخفية سرقة ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة وهو لابسها أو واضعها قريبا منه بحيث يكون حافظا له يقطع لانه أخذها خفية وسراوله حافظ وهو النائم وأما اذا سرق من قطار بعيرا أو حملا فلانه ليس بحرز مقصود فتمكن فيه شبهة العدم ولا فرق بين أن يكون معها سائق أو قائد أو لم يكن لان السائق أو الراكب يقصد قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان معها من يحفظها يقطع قال رحمه الله (وان شق الحمل فأخذ منه أو سرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده فى صندوق أو فى جيب غيره أو كمه فأخذ المال قطع) لوجود السرقة من الحرز والنوم بقرب منه بحيث يعد حافظا له كالنوم عليه على المختار وقد ذكرناه من قبل والله أعلم

﴿فصل فى كيفية القطع واثباته﴾ قال رحمه الله (تقطع يمين السارق من الزند) لقراءة ابن مسعود رضى الله عنه فاقطعوا أيمانهما وهى مشهورة فجاز التقييد بها وقد عرف فى موضعه ومن الناس من قال تقطع الاصابع فقط لان البطش يقع بها وقالت الخوارج تقطع اليمين من المنكب لان اليد اسم لكلها ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ ولان كل من قطع من الائمة قطع من الرسغ فصار اجماعا فعلا فلا يجوز خلافه قال رحمه الله (وتحسم) أى تكوى كى ينقطع الدم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه ثم احسموه رواه الدارقطنى ولان منافذ الدم تنسد بالكى فينقطع به فلو لم يكو

المصنف لانه لولم يحسم يؤدّى الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده فى عنقه لانه صلى الله عليه وسلم أمر به رواه أبو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم فى كل من قطعه ليكون سنة اهـ (قوله فى المتن ورجله اليسرى الخ) ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل ذلك عمر وقال أبو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها اهـ فتح (قوله حتى يتوب أو يموت) قال صاحب النافع حتى يتوب أو يظهر عليه سيما رجل صالح اهـ اتقانى (قوله أو اصبعان منها سواها) قال الاتقانى والاصبعان ينزلان منزلة الابهام فى نقصان البطش فلو قطعت اليمين فى هذه الحالة يلزم فوات جنس المنفعة فلا تقطع لئلا يلزم الاهلاك معنى بخلاف ما اذا كانت إصبع واحدة من اليسرى مقطوعة أو شلاء حيث تقطع اليمين لعدم الخلل فى البطش ظاهرا بخلاف الكفارة حيث اعتبر فيها فى المنع من الجواز فوت أكثر الاصابع سوى الابهام لا فوت الاصبعين وهنا اعتبر فى المنع من قطع اليمين فوت الاصبعين لان المانع هو الهلاك معنى فى البابين وتحققه بفوات الاكثر الا أن الحد لما كان يسقط بالشبهة احتيط فيه فأقيم الاصبعان مقام الابهام وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع روى عن أبي حنيفة فى كتاب المجرد أنه قال اذا كان ثلاث (٢٢٥) أصابع سوى الابهام مقطوعة لا تقطع

ربما يسترسل الدم فيؤدّى الى التلف قال رحمه الله (ورجله اليسرى ان عاد) لقوله عليه الصلاة والسلام فان عاد فاقطعوه وعليه اجماع المسلمين قال رحمه الله (فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق وابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو إصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة) أى لا يقطع فى الثالثة كما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء الخ وقال الشافعي رحمه الله تقطع فى الثالثة يده اليسرى وفى الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما ذهب اليه هو وظاهر قوله تعالى فاقطعوا أيديهما يتناول اليدين منهما ولان الثالثة مثل الاولى فى الجناية بل أقبح لتقدم الزاجر فكانت أدعى الى شرع الحد ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم حين حجهم على بقوله إنى لاستحى من الله أن لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشي عليها ولم يحتج أحد منهم بالمرفوع فدل على عدمه وما رواه لم يثبت فان الطحاوى قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا ولهذا لم يقتل فى الخامسة وان ذكر فيما روى ولئن صح فهو محمول على السياسة أو على النسخ والآية لا تدل على ما ذكر لان اضافة جزأين أو ماهما جزآن الى متضمنهما يذكر بلفظ الجمع ولا يراد به الجمع عند أهل اللغة بل يراد به التثنية فلا يتناول الا يدا واحدة من كل واحد منهما فبطل الاستدلال به ولهذا لا يقطع فى الثانية يده اليسرى ولو تناولتها الآية لقطعت ولان السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات غير مراد لعدم توقف القطع عليه وبفعل واحد لم تقطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى فخرجت اليسرى من أن تكون مرادة ولان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وفى قطع الاربع اتلافه أيضا فى المعنى والقطع للزجر لا للاتلاف ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام حسم المقطوع كيلا يهلك بخلاف القصاص لان المنظور اليه المساواة لكونه

وكذلك اذا كان إصبعان احداهما الابهام فاعتبر هنالك أكثر الاصابع وتلك الرواية توافق ما قال فى كتاب الطلاق أن الرجل اذا أعتق عبدا مقطوعة من كل يد ثلاث أصابع أو إصبعان احداهما الابهام لا يجزئ عن كفارة الظهار وأما فى هذه الرواية اعتبر ذهاب القوة ولم يعتبر الاكثر وهذه الرواية أحوط اهـ (قوله فى المتن أو رجله اليمنى مقطوعة) أى اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع يده اليمنى اهـ ويصح أن يكون هذا فيمن سرق أولا يعنى من سرق أولا وكانت رجله

(٢٩ - زيلعي ثالث) اليمنى مقطوعة لا تقطع يده اليمنى ويصح أن يكون فيمن سرق ثانيا يعنى من سرق ثانيا وكانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع رجله اليسرى وعلى الاول مشى المصنف فى الكافى وشراح الهداية وغيرهم وعلى الثانى مشى بعض الشراح كالبدر العيني رحمهم الله أجمعين (قوله ويروى مفسرا) أخرج الدارقطني عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفى سنده الواقدى وهنا طرق كثيرة لم تسلم من الطعن اهـ فتح (قوله فهو محمول على السياسة) أى بدليل ما ورد فى ذلك الحديث من الامر بالقتل فى المرة الخامسة فذلك محمول عند الشافعي على السياسة أيضا فكذا يحمل القطع فى الثالثة والرابعة اهـ اتقانى (قوله فخرجت اليسرى من أن تكون مرادة) قال الاتقانى قال فى المبسوط يقتل فى الخامسة عند أصحاب الظواهر قلت لا يلتفت اليه لكونه خرقا للاجماع وقال الكمال وقد حكى عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر ابن عبد العزيز أنه يقتل فى المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روى من ذلك وذهب مالك والشافعي الى أنه يعزر ويحبس كقولنا فى الثالثة اهـ (قوله وفى قطع الاربع اتلافه) هو مأخوذ من قول على رضى الله عنه قتلته اذا اهـ فتح (قوله فى المعنى) أى لفوات جنس المنفعة اهـ (قوله بخلاف القصاص) جواب سؤال مقدر بان يقال لا نسلم أن تفويت جنس المنفعة له أثر فى عدم وجوب القطع فى المرة الثالثة ألا ترى أن انسانا لو قطع يسار انسان آخر يقطع يسار القاطع قصاصا مع فوات جنس المنفعة فقال فى جوابه بخلاف القصاص وذلك لان القصاص

يعتمد على المساواة وقد وجدت فيجب القصاص فبعد ذلك لا يلتفت الى وقوعه تفويتا لجنس المنفعة لان القصاص حق العبد فيجب استيفاؤه ما أمكن جبرا لحق العبد بخلاف الحد فانه حق الله تعالى خالصا فيسقط لشبهة الهلاك اه اتقاني رحمه الله وكتب ما نصه لو قطع رجل يدي رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته لانه حق العبد فيستوفيه ما أمكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل القطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث أمكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى من محليتها القطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما ولو ثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لتمام الدليل على العدم اه فتح (قوله ولانه) أي لان فعل السرقة في المرة الثالثة والرابعة يندر اه (قوله يندر) أي يندر أن يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة اه فتح (قوله وانما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء) قال الحاكم الشهيد في الكافي وان كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع القيام والمشي عليها لم تقطع يده وكل شيء درأت فيه القطع ضمنته السرقة ان كانت مستهلكة الى هنا لفظ الحاكم اه اتقاني وقال في الكافي واذا حبس السارق ليسئل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق وكذلك اذا كان قطع يده اليسرى وان حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير أن يؤمر بذلك فلا شيء عليه اه اتقاني

(قوله أو شلاء) قال في الهداية وان كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع قال الاتقاني هذا لفظ القدوري في مختصره أي لا تقطع يده اليمنى اذا كانت الحالة كذلك وذلك لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة ومشيا فيما اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة وتفويته اهلاك معنى فلا يقام الحد لئلا يفضي الى الاهلاك وقوله واذا كانت رجله اليمنى شلاء أي لا تقطع يده اليمنى اذا كانت رجله اليمنى شلاء لان فيه تفويت جنس المنفعة اه قال في شرح التكملة وان كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى يابسة قطعت يده اليمنى وان كانت الرجل اليمنى هي اليابسة لم تقطع لانه يؤدي الى استيفاء الزائد من الواجب اذ انه يتعطل نصف البدن عن منفعة البطش والمشي فيصير في معنى الهالك بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا كانت الرجل اليسرى هي اليابسة قطع لانه يمكنه امساك العصا باليد اليسرى فيحصل بها نوع منفعة وان كانت ناقصة اه (قوله فقطع يده اليسرى لا يضمن) أي ولكن يؤدب الجلاد اه كاكي (قوله وقالا يضمن في العمد) أي يضمن في العمد أرش اليسار اه كاكي (قوله والمراد هو الخطأ) أي المراد بالخطأ الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر الخطأ في الاجتهاد ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما اه فتح (قوله واليسار لا يجعل عفوا) أي فيضمن اه لان الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لان كل أحد يميز بين اليمين واليسار اه كفاية (قوله وقيل يجعل عفوا) أي فلا ضمان اه (قوله اذ النص لم يفرق بين اليدين) أي لان ظاهر النص يوجب التسوية بين اليمين واليسار اه (قوله الا أنه امتنع للشبهة) أي الثابتة في الآية اه قال الكمال وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء في القطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أتلفه لان سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد ولو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف اه قال الاتقاني وان حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير أن يؤمر بذلك فلا شيء عليه اه

حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه ولانه يندر وجوده فلا يستدعي زاجرا اذ الحد فيما يغلب لا فيما يندر وانما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء الخ لان فيه تفويت جنس المنفعة وهو البطش أو المشي بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء لان فوتها لا يوجب خللا في البطش ظاهرا ولو كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الاصابع تقطع في ظاهر الرواية لان المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز قال رحمه الله (ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه) أي الذي أمره الحاكم بقطع اليمنى فقطع يده اليسرى لا يضمن سواء قطعها عمدا أو خطأ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد أما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا لزفر رحمه الله أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العبد غير موضوع فيضمنها قلنا اخطأ المجتهد موضوع اجماعا وهذا موضع الاجتهاد اذ النص لم يفرق بين اليدين ولهما أنه أتلف يدا معصومة ظلما عمدا فلا يعفى وان كان مجتهدا فيه لان المجتهد لا يعذر فيما اذا كان دليله ظاهرا على ما عرف في موضعه وكان ينبغي أن يجب القصاص الا أنه امتنع للشبهة اذ ليس في الآية تعيين اليمنى والمال يجب مع الشبهة ولأبي

ولابي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ماهو خير منه كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع فان قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة بخلاف المستشهد به فكيف يقال أخلف قلنا اليمين كانت مستحقة الاتلاف فبقطع اليسرى سلمت فصارت كالحاصلة به ولا يلزم على هذا لو قطع رجله اليمنى حيث لا تقطع يده اليمنى ومع هذا يجب على القاطع الضمان لانا نقول لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالمتلف ليس من جنس الباقي فلم يخلف ما يقوم مقامه وعلى هذه النكتة التي اعتبر فيها الاختلاف لو قطع اليسار غير الحداد لا يضمن في الصحيح اذا كان بعد حكم الحاكم بالقطع لما ذكرنا أنه أخلف ثم في العمد يجب ضمان المال المسروق على السارق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لم يقع حدا وسقوط الضمان عنه في ضمن وقوعه حدا وكذا عندهما بل أولى وفي الخطا كذلك على الطريقة التي اعتبر فيها وهي أن القاطع لا يجب عليه الضمان لانه أتلف وأخلف ولم يقع حدا وعلى الطريقة الاخرى وهي أن القاطع اجتهد وأخطأ في اجتهاده حيث زعم ان الكتاب مطلق عن قيد اليمين يكون قطع اليسار واقعا على الحد لان المجتهد معذور في الخطا فلا يجب الضمان اذ القطع والضمان لا يجتمعان والمراد بالخطا هو الخطا في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا أيضا هذا اذا عين له الامام أو الحاكم اليمنى بأن قال له اقطع يمين هذا وأما اذا أطلق بان قال له اقطع يده ولم يعين لا يضمن القاطع باتفاق لعدم المخالفة اذ اليد تنطلق عليهما وكذا لو أخرج السارق يساره فقال هذه يميني لانه قطعه بأمره وهذا كله اذا كان بأمر الامام وأما اذا قطعه أحد قبل أن يقضي ولم يأمر به فيجب القصاص في العمد والدية في الخطا اتفاقا ويسقط القطع عن السارق لان مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا كيلا يؤدي الى المثلة ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم القطع حدا قال رحمه الله (وطلب المسروق منه شرط القطع) أي طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار في ذلك لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الاداء والقطع لتنتفي تلك الشبهة وكذا اذا غاب عند القطع لان الامضاء في الحدود من القضاء وفي البدائع اذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبي يوسف لا ينتظر وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط أنه لا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لان الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير وقال ابن أبي ليلى لا يشترط حضوره فيهما لان الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا وقال الشافعي لا حاجة الى حضوره في الاقرار دون البينة لان الشهادة تبتني على الدعوى دون الاقرار والحجة عليهما ما بيناه قال رحمه الله (ولو مودعا أو غاصبا

(قوله ولابي حنيفة أنه أتلف وأخلف من جنسه ماهو خير منه) أي وهو اليمنى فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى اه وكتب على قوله ماهو خير ما نصه أي لان البطش باليمنى أتم اه (قوله فان قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى) أي فلا يصح قولكم أخلف بدل ما أتلف اه (قوله فالمتلف ليس من جنس الباقي) لان منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشي اه فتح (قوله في الصحيح) احتراز عما ذكر الاسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كله اذا قطع الحداد بأمر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطا الدية اه فتح (قوله والمراد الخ) تكرار محض اه (قوله فقال هذه يميني) فقطعها لا يضمن وان كان عالما بأنها يساره بالاتفاق اه فتح (قوله لانه قطعه بأمره) ألا ترى أن رجلا لو قال لآخر اقطع يدي فقطع يده لا ضمان عليه كذا في شرح (٢٢٧) الطحاوي اه (قوله وأما اذا قطعه أحد الخ) قال في شرح الطحاوي ومن وجب عليه القطع في السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا لا يخلو إما أن يكون قبل الخصومة أو بعد الخصومة قبل القضاء أو بعد القضاء فان كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد والارش في الخطا وتقطع رجله اليسرى في السرقة وان كان بعد الخصومة قبل القضاء فكذلك الجواب الا أنه لا تقطع رجله في السرقة لانه لما خوصم كان الواجب في اليمنى وقد فاتت فيسقط وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع وكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما استهلك من مال السرقة أو هلك في يده اه (قوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار) قال الاتقاني ثم لا فرق في ظاهر الرواية عن أصحابنا بين أن تثبت السرقة بالبينة أو بالاقرار بأن أقر أنه سرق نصابا من فلان وهو غائب فلا يقطع مالم يحضر المسروق منه وعن أبي يوسف انه قال أقطعه بالاقرار وان لم يكن المسروق منه حاضرا وبه أخذ الشافعي وما ذكره في البدائع بناء على هذه الرواية اه (قوله وكذا اذا غاب عند القطع) يعني لا يقطع السارق أيضا اذا غاب المسروق منه عند القطع عندنا خلافا للشافعي كما لا يقطع اذا كان غائبا عند الشهادة أو الحكم اه اتقاني (قوله لان الامضاء في الحدود من القضاء) أي ولهذا تجعل الاسباب الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت بعد القضاء قبل الامضاء كالحادثة قبل القضاء اه (قوله وفي البدائع الخ) هذا خلاف ظاهر الرواية اه (قوله وقال ابن أبي ليلى) قال الاتقاني وقال ابن أبي ليلى يقطع وان كان المسروق منه غائبا في وقت الشهادة أو الحكم اه (قوله لان الشهادة تبتني على الدعوى دون الاقرار) ولنا أن المقر به للمقر ظاهرا مالم يوجد التصديق من المقر له ولهذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز واذا كان زوال ملكه موقوفا الى التصديق كان أقل أحوال

أوصاحب الربا) أي ولو كان المسروق منه واحدا من هؤلاء يقطع بخصومته وكذا بخصومة المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن والاب والوصي ومتولي الوقف وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع الا بخصومة المالك والخلاف بيننا وبين الشافعي مبني على أن لهؤلاء حق الخصومة في الاسترداد عندنا وعنده ليس لهم ذلك عند جحود من في يده مالم يحضر المالك لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة ألا ترى أنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم مع بقاء اليد لاستمرارها فلأن لا يملكونها مع انتفائها أولى وأحرى وزفر رحمه الله يقول لهم أن يخاصموا ضرورة استرداد المال الى الحفظ الواجب عليه فلا يظهر في حق القطع وهذا لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة والنيابة لا تجري في الحدود ولاحتمال أن يقر له به اذا حضر على ما مر ولهذا لا يقطع باقراره مع غيبة المسروق منه ولانهم يملكون الخصومة للصيانة ولو أظهرناه في حق القطع لفاتت الصيانة اذ بالقطع يبقى المال غير معصوم ولهذا لا يضمن بالهلاك ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية بناء على خصومة معتبرة فيستوفى القطع ولهؤلاء يد صحيحة وهي مقصودة كالملك فاذا أزيلت كان لهم أن يخاصموا عن أنفسهم لاستردادها أصالة لا نيابة لانه ان كان أمينا لا يتمكن من أداء الامانة الا به وان كان ضمينا لا يتمكن من اسقاط الضمان عن نفسه الا به فكان مخاصما عن نفسه باعتبار حقه ولهذا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره بأن يقول سرق مني بخلاف الوكيل في هذه المعاني اذا لم يكن له يد ولا يستغني عن اضافته الى موكله ولا يخاصم باعتبار حقه فاذا كان أصيلا في الخصومة وجب الاستيفاء عند الثبوت بلا حضرة المالك لان القطع خالص حق الله تعالى بخلاف القصاص وأما الاقرار فقد ذكر في البدائع أنه لا ينتظر فيه حضوره استحسانا فلنا أن نمنع ولئن سلم ففيه شبهة زائدة وهي جواز أن يرد اقراره فتعتبر هذه الشبهة عند عدم الدعوى الصحيحة بخلاف خصومة هؤلاء على ما ذكرنا وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء ضمنا لقطع اليد فلا يكون سقوطه مضافا الى المودع ولا يكون تضييعا له بل يكون صيانة بأبلغ الوجوه لان السراق اذا علموا أنه يقطع بخصومته يمتنعون عنه وبعكسه يجترؤن عليه ألا ترى أن الله تعالى جعل في القصاص حياة بهذا الاعتبار وان كان هو في نفسه قتلا ولا معتبر بالشبهة الموهومة باعتراض المالك لبعدها كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة و يقطع بخصومة المالك من السرقة ممن ذكرنا وعن محمد رحمه الله أنه لا يقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه لانه لم يسرق منه فكان أجنبيا والظاهر الاول لان خصومته صحيحة واقعة عن نفسه لاسترداد ماله الا أن الراهن انما يقطع السارق بخصومته اذا كانت العين قائمة بعد قضاء دينه لان العين اذا هلكت صار المرتهن مستوفيا لدينه فلا مطالبة للراهن وكذا قبل قضاء الدين لا حق له في مطالبة العين فلا يقطع بخصومته قال الراجي عفو ربه ينبغي أن يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين وكان الفضل يبلغ نصابا لان له أن يطالب السارق بعد الهلاك بالفضل كالوديعة قال رحمه الله (و يقطع بطلب المالك لو سرق منهم) أي لو سرق من المودع والغاصب وصاحب الربا وقد

شبهة والحد يندرئ بالشبهة فصار الاقرار كالشهادة حيث لا يثبت القطع اذا ثبتت السرقة بالشهود مالم يحضر المسروق منه بجواز التكذيب منه فكذا هنا وكما لو قال سرقتها ولا أعرف صاحبها اه اتقاني (قوله في المتن أو صاحب الربا) قال الاتقاني وفسر الصدر الشهيد والعتابي صاحب الربا في شرح الجامع الصغير بمن باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين ثم جاء انسان وسرق العشرين منه يقطع بخصومته عندنا اه (قوله والقابض (٢٢٨) على سوم الشراء) أي والقابض بعقد فاسد اه اتقاني (قوله لا يملكونها) النون ثابتة في خط الشارح اه (قوله ولنا أن السرقة) أي من حرز مستتم لا شبهة فيه اه (قوله وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية) أي وهي شهادة رجلين اه (قوله وسقوط العصمة) جواب لقول زفر لان فيه تفويت الصيانة اه اتقاني (قوله ولا معتبر بالشبهة) جواب سؤال مقدر بان يقال شبهة الاذن من المالك ثابتة فلا يقطع بخصومة هؤلاء فأجاب به يعني لا اعتبار بشبهة موهوم اعتبارها بل الاعتبار لشبهة محققة ألا ترى أنه يقطع بخصومة رب الوديعة مع غيبة المودع في ظاهر الرواية أعني رواية الجامع الصغير مع ان فيه شبهة موهومة أيضا بان يقول المودع ان حضر كان السارق ضيفا عندي مأذونا بالدخول في البيت وكذا يقطع بالاقرار مع ان الشبهة متوهمة بالرجوع عن الاقرار فعلم أن الاعتبار للشبهة القائمة الموجودة في الحال لا للشبهة المتوهمة المحتملة الاعتراض اه اتقاني رحمه الله (قوله في ظاهر الرواية) أراد به رواية الجامع الصغير واحترز به عما نقل في الاجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد ان غاب المستودع وحضر رب الوديعة ليس له القطع الا بحضرة المستودع اه اتقاني (قوله في السرقة) في عبارة الشارح من بدل في اه (قوله فلا مطالبة للراهن) أي بل للمرتهن اه كاكي بمعناه اه (قوله ينبغي ان يقطع الخ) ذكره بلفظ ينبغي الاتقاني أيضا في شرحه والله الموفق اه (قوله في المتن و يقطع بطلب المالك) قال في كفاية البيهقي فان حضر المالك وغاب المودع هل يقطع بخصومة المالك فيه روايتان اه اتقاني

(قوله معناه اذا قطع سارق بسرقة) أراد بالسرقة العين المسروقة اطلاقا لاسم المصدر على المفعول كما في نسج اليمن ونقل صاحب الاجناس عن كتاب سرقة الاصل اذا سرق من السارق رجل ولم تقطع يد السارق الاول فالقطع على السارق الثاني ولو كان قطع يد السارق الاول لم يجب القطع على الثاني ثم قال ذكره في الجامع الصغير ثم قال وقال محمد في نوادر هشام ان قطعت يد السارق الاول لم أقطع يد السارق الثاني وان درأت القطع عن الاول لشبهة قطعت يد الثاني وفي الاملاء عن أبي يوسف مثله الى هنا لفظ كتابه وذكر الطحاوي والكرخي أنه لا يقطع السارق من السارق مطلقا ولم يعتبر القطع الاول والحق التفصيل فان قطع الاول لا يقطع الثاني لارتفاع عصمة المحل فكانت سرقة مال غير معصوم وان لم يقطع الاول يقطع بخصومة الثاني لان الاول بمنزلة الغاصب اه اتقاني (قوله وليس للاول) أي للسارق الاول اه (قوله ولاية) أي بعد قطع يده اه اتقاني (قوله الاسترداد) أي من الثاني اه اتقاني (قوله ولم يوجد واحد منهما) أي فيكون الاسترداد للمالك أما اذا درئ الحد عنه ثم سرق الثاني فلا رواية في الاسترداد عن أصحابنا وينبغي أن يسترد لان يده يد ضمان كالغاصب فيسترد ليتخلص عن الضمان اه اتقاني وكتب ما نصه أما أن يده ليست يد ضمان فلانتفاء العصمة بالقطع اه (قوله في المتن ومن سرق شيأ ورده) قال في الهداية ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع قال الاتقاني وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر الخلاف عن أصحابنا في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف انه يقطع وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وهو قول ابن أبي ليلى اذا رد قبل أن يرفع الى القاضي أو بعدما رفع لا يسقط القطع ووجهه أن القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة قياسا على حد الزنا وقياسا على ما بعد المرافعة وهذا هو القياس ووجه الاستحسان أن حق الله تعالى يثبت في ضمن حق العبد وحق العبد لا يثبت بدون الخصومة وقد ارتفعت الخصومة برد المسروق الى المالك فلما لم يثبت حق العبد لم يثبت ما في ضمنه بخلاف ما اذا رد بعد المرافعة لانه فعل ما يفعله الحاكم لان الحاكم يقطع ويرد المال الى مالكه ان كان قائما فلا يكون فائدة في رد السارق فلا يسقط القطع قياسا واستحسانا اه (قوله أو ادعى انه ملكه) أي وان لم يقم بينة اه (قوله ولو رده الى والده الخ) أما المودع يضمن بالرد الى هؤلاء كالغاصب لا يبرأ اه اتقاني (قوله ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع) أي استحسانا وان لم يكن في عياله لان للمولى حقا اه اتقاني (قوله فلان الامضاء من القضاء في الحدود) أي فالملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضاء لان القاضي لما لم يمض صار كأنه لم يقض فلا يستوفى القطع كما قبل القضاء وهذا لان القاضي لا يخرج عن عهدة القضاء في باب الحدود بمجرد قوله قضيت بل بالاستيفاء جلدا

بيناه قال رحمه الله (لا بطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع) معناه اذا قطع سارق بسرقة فسرقت منه بعد القطع لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم بعد القطع في حق الاول فلم تنعقد موجبة للقطع وهذا لان السرقة انما توجب القطع اذا كانت من يد المالك أو الامين أو الضمين ولم يوجد شيء من ذلك هنا اذ السارق الاول ليس بمالك ولا أمين ولا ضمين فلا يقطع بخلاف ما اذا سرق قبل أن تقطع يده حيث يكون له ولرب السرقة القطع على ما بينا في الغاصب ونحوه وليس للاول ولاية الاسترداد في رواية لان يده ليست بصحيحة اذ هي تصح بالملك أو الامانة أو الضمان ولم يوجد واحد منها وفي رواية له ذلك ليرده على المالك اذ الرد عليه واجب عليه ولا يتمكن الا به قال رحمه الله (ومن سرق شيأ ورده قبل الخصومة الى مالكه أو ملكه بعد القضاء أو ادعى انه ملكه أو نقصت قيمته من النصاب لم يقطع) أما اذا رده السارق قبل الخصومة الى مالكه فلان الخصومة شرط لظهور السرقة وهذا لان القطع وان كان حق الله تعالى لكن ثبوته في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق وحق المسروق منه هنا لم يثبت لان ثبوته بالبينة بناء على خصومة صحيحة ولم توجد فلا يثبت القطع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة قلنا بعد الترافع وجدت الخصومة وانتهت بالرد والشيء بانتهائه لا يبطل بل يتقرر ويتأكد فتكون موجودة حكما وتقريرا وهذا ظاهر فيما اذا رد بعد القضاء بالقطع وكذا اذا ردها بعد ما شهد الشهود وقبل القضاء استحسانا لان السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة ولو ردها على والده أو ذي رحمه ان لم يكن في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع اليهم وان كانوا في عياله فهو كرده الى المسروق منه فلا يقطع ان كان قبل المرافعة لوجود الوصول اليه قبل الخصومة ولهذا لو رد المودع والمستعير عليهم لا يضمن والوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله فقبض برئ المدين بقبضه وكذا لو رد على امرأته أو أجيره مسانهة أو مشاهرة أو عبده ولو رده الى والده أو جده أو والدته أو جدته وليس في عياله لا يقطع لان لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على مولاه لا يقطع لان ماله له رقبة ولو سرق من العيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق أيديهم في ماله وأما اذا ملكه السارق بعد القضاء بالقطع فلان الامضاء من القضاء في الحدود وقد اعترض ما يوجب فقد شرطه وهو انقطاع الخصومة فيمتنع الامضاء كما يمتنع القضاء

كتغير أوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق في هذه الحالة بخلاف ردها الى المالك لانه يؤكد الخصومة فيتمها لحصول مقصودها فتبقى تقديرا وأما التمليك فيضاد مقصودها اذ لا يخاصم أحد ليملك وانما يخاصم ليسترد فيقطعها وعن أبي يوسف أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي لان السرقة وقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائطها وقد ظهرت عند القاضي بدليلها ولا أثر للعارض في ايراث الخلل في الظهور أو الوجوب لان الهبة ونحوها من أسباب الملك توجب ملكا حادثا فلا يمتنع به الاستيفاء كالرد على المالك ونحن بينا الوجه والفرق بينهما فلا نعيده فان قيل اذا تزوج بمن زنى بها يحد فلولا أن العارض كالعدم لما حد قلنا بعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى من منافع البضع وهو متلاش والقطع باعتبار العين وهو باق وأما اذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه فمعناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط عنه الحد بمجرد الدعوى ما لم تقم بينة لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال فان المقر اذا رجع صح وان كان لا يعجز عنه سارق وأما اذا نقصت قيمة العين المسروقة عن النصاب فالمراد به النقصان من حيث السعر بعد القضاء قبل القطع لا من حيث نقصان العين بأن كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم ويوم القطع أقل فانه لا يقطع وعن محمد رحمه الله أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي لان النصاب تم عند الاخذ والمعتبر فنقصانه بعد ذلك لا يوجب خللا فيه كما في النقصان في العين ولنا أن النصاب لما كان شرطا شرط قيامه عند الامضاء على ما بينا من قبل بخلاف نقصان القيمة لنقصان العين لان العين مضمونة على السارق فكمل النصاب عينا ودينا ونقصان السعر ليس بمضمون على السارق لانه يكون بفتور الرغبات ومثله لا يكون مضمونا على أحد قال رحمه الله (ولو أقرا بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) أي لو أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما المسروق مالي لم يقطع واحد منهما سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لان السرقة ثبتت على الشركة وبطل الحد عن أحدهما برجوعه لانه أنكر السرقة بعد الاقرار بها فكان رجوعا في حقه وأورث شبهة في حق الآخر لاتحاد السرقة بخلاف ما لو قال سرقت أنا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه خلاف أبي يوسف هو يقول انه أقر بفعل مشترك فلا يثبت غير مشترك وقد بطلت الشركة فلا يثبت ولهما ان الشركة لما لم تثبت بانكار الآخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله قتلت أنا وفلان فلانا وقال الآخر ما قتلت يقاد المقر وحده وكقوله زنيت أنا وفلان بفلانة وكذبه الآخر حد المقر وحده قال رحمه الله (ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر) أي الحاضر وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى أولا يقول لا يجب عليه القطع لان الغائب ربما يدعي الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لان سرقة الحاضر تثبت بالحجة فلا يعتبر الموهوم لانه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر قال رحمه الله (ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة الى المسروق منه) وهذا على اطلاقه قول أبي

أو رجما أو قطعا فلا جرم كان الامضاء من القضاء بخلاف حقوق العباد فان ثمة بمجرد قوله قضيت يخرج عن عهدة القضاء ولان السارق لو قطع بعد الملك قطع في ملك نفسه اهـ قال في الهداية واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع قال الاتقاني قال في الهداية معناه اذا سلمت يعني الى السارق وانما فسره لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل سرق سرقة فقضى القاضي بالقطع ثم وهب رب السرقة السرقة الى السارق قال يدرأ عنه القطع قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم السارق اذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الاستيفاء بالهبة وغيرها من أسباب الملك لا يجوز استيفاء القطع وقال زفر والشافعي يجوز وأجمعوا على أنه لو ملكه قبل الخصومة لا يجوز استيفاء القطع ولو ملكه بعد الخصومة قبل القضاء عندنا لا يجوز وللشافعي فيه قولان الى هنا لفظه اهـ (قوله فمعناه الخ) وانما فسر به ليخرج ما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال اهـ فتح (قوله فان المقر اذا رجع صح) أي اجماعا اهـ فتح (قوله وان كان لا يعجز عنه سارق) أي على أنه ممنوع فان من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون اهـ فتح (قوله كما في النقصان في العين) أي فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق اهـ فتح (قوله فكمل النصاب عينا ودينا) أي وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم يسقط ضمانه اهـ كمال (قوله أي الحاضر) ثم اذا جاء الغائب لم يقطع بالشهادة الاولى حتى تعاد تلك البينة أو غيرها فحينئذ يقطع لان تلك البينة في حق الغائب غير معتبرة لانها قامت بغير خصم اذ الحاضر لا ينتصب خصما عنه إما لان النيابة لا تجري في الخصومة في الحدود أو لانه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب كذا في المبسوط اهـ كاكي (قوله ثم رجع وقال يقطع) أي وهو قولهما وقول الائمة الثلاثة اهـ فتح وكذا اذا أقر بالسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الاول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الائمة اهـ فتح (قوله في المتن ولو أقر عبد بسرقة قطع الخ) قال حنيفة

حنيفة رحمه الله وقوله وترد السرقة يعني اذا كانت قائمة وان كانت هالكة لا يضمن على ما يجيء من قريب وقال أبو يوسف ومحمد ان كان العبد مأذوناله أو مكاتبا وكان المال المسروق مستهلكا فكما قال أبو حنيفة رحمه الله وان كان محجورا عليه والمال قائم في يده فعند أبي يوسف يقطع والمال للمولى الا ان يصدقه المولى فيدفع الى المسروق منه وقال محمد لا يقطع والمال للمولى الا أن يصدقه المولى وقال زفر رحمه الله لا يقطع في الوجوه كلها والمال للمولى الا أن يكون مأذوناله في التجارة فيصح اقراره في المال أو يصدقه المولى لان اقراره بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى الى المالية في ضمنه فيصح اذ لا تهمة فيه ألا ترى الى قوله يقبل في هلال رمضان لعدم التهمة وكذا لو أقر المأذون له في التجارة بالدين أو أقر الحر المدين بالدين يقبل لعدم التهمة فكذا هذا ولمحمد أن اقرار المحجور عليه في المال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالغصب وما في يده للمولى فلا يقطع به بخلاف المستهلك يحققه أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال بدون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان أو أقر ثم رجع دون عكسه فاذا بطل في حق الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون له لان اقراره بما في يده من المال صحيح فيصح في حق القطع تبعا وبخلاف اقراره بالمستهلك لان ملك المولى لم يظهر فيه ليرد ولابي يوسف أنه أقر على نفسه بالقطع فيصح وعلى المولى بالمال لان ما في يد العبد لمولاه فلا يصح والقطع قد يجب بدون المال كما اذا قال الثوب الذي مع عمرو سرقته من زيد فانه يقطع ولا يصدق اقراره في حق الثوب وكما لو أقر بسرقة مال مستهلك ولابي حنيفة رحمه الله أن الاقرار بالقطع قد صح منه لكونه آدميا وصحته لعدم التهمة فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال فيها تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتبار القطع ويستوفى القطع بعد هلاك المال بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع ولا يقطع العبد بمال مولاه أبدا فحاصل هذا الخلاف راجع الى أن المال أصل أو القطع أو كلاهما فعند أبي حنيفة رحمه الله القطع هو الاصل والمال تبع وعند محمد المال هو الاصل فلا يثبت القطع بدونه وعند أبي يوسف كلاهما أصل وحكى الطحاوي أن الاقاويل الثلاثة مروية عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد والثاني أخذ به أبو يوسف وهي نظير أقواله في الجلالين فعدت من مناقبه رضي الله عنهم أجمعين قال رحمه الله (ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائما) معناه اذا قطع السارق وكانت السرقة قائمة في يده ترد على صاحبها لقيام ملكه فيها وان كانت هالكة لا يضمن السارق وان استهلكها فكذلك في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله وهو المشهور وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يضمن وعن ابن سماعة عن محمد أنه يفتى بأداء القيمة لانه أتلف مالا محظورا بغير حق ولا يحكم به لانه يؤدي الى ايجاب ما ينافي القطع وكذلك في قاطع الطريق اذا أخذ مالا أو قتل نفسا يفتى بأداء الضمان والدية وكذا الباغي لان السبب قد انعقد وتعذر الحكم لعارض فلا يعتبر في حق الفتوى وفي الكافي هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبل القطع فان قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا وان قال أنا أختار القطع يقطع ولا يضمن وقال مالك ان كان السارق

الكمال حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لان العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له اذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف ولو كان مأذونا قطع في الوجهين ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها أي فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة أو قائمة أو مأذونا والاقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذه أعني في اقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع وترد لمن أقر له بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له اهـ فتح (قوله فعند أبي يوسف يقطع) قال الكمال ومعنى المسئلة اذا أكذبه المولى في اقراره وقال المال مالي أما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال للمقر به اتفاقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه ان كان مأذونا رد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى رد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولا بعد العتق اهـ (قوله وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها) أي فيما اذا كان العبد محجورا أو مأذونا والمال قائم أو هالك اهـ كاكي (قوله بخلاف المستهلك) أي حيث يقطع فيه عنده وعندهما اهـ (قوله وهو المشهور) أي ويشهد له الحديث الذي يأتي لا غرم على سارق بعد ما قطعت يمينه فانه لم يفصل بين الهلاك والاستهلاك والله الموفق اهـ (قوله وفي الكافي هذا) أي عدم وجوب الضمان اهـ (قوله لم يقطع) سيأتي عند قوله ولو شق ما سرق الخ أنه ان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة بل أولى لاستناده واقتصار الهبة اهـ وكتب ما نصه قال

صاحب مال يضمن والا فلا نظرا للجانبين قلنا المضمون لا يختلف بين أن يكون موسرا أو معسرا وانما يؤثر الاعسار في التأخير لا غير وقال الشافعي يضمن سواء هلك أو استهلكه فحاصله أن القطع والضمان لا يجتمعان عندنا كالحد مع العقر وعنده يجتمعان لانهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهى عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء في قتل صيد مملوك في الحرم وكايجاب القيمة مع الحد في شرب خمر الذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال لا غرم على سارق بعدما قطعت يمينه ولانا لو ضمناه ينتفي وجوب القطع لما عرف ان ضمان العدوان يوجب ملك المضمون من وقت الاخذ ضرورة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فيتبين أنها وردت على ملكه وأن القطع كان بغير حق لانه لا يقطع على أخذ مال نفسه فكان القول به باطلا ولان القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب الا بجناية واقعة على حقه خالصا بلا شبهة وذلك بأن يكون معصوما لله تعالى ليس للعبد فيه حق كالخمر والميتة فلا يضمن ولو بقي له حق لكان مباحا لذاته حراما لغيره وهو حق مالكه فكان حراما من وجه دون وجه فيسقط الحد للشبهة فيصير حراما حقا للشرع فقط كالزنا فلا يضمن الا أن هذه العصمة وهي كونه معصوما لله تعالى لا يظهر في حق شخص آخر حتى يضمنه بالاتلاف لعدم الضرورة في حقه وكذا في حق السارق بالنسبة الى الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة فلا ضرورة اليه في حقه وكذا الشبهة الدارئة للحد تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره فلا يضرنا جعله معصوما لحق العبد بالنسبة الى الاستهلاك اذ لا يؤدي الى انتفاء القطع باعتباره ما لا في حقه كما في حق الاجنبي ووجه المشهور أن الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه بمعنى أنه لو كان معصوما لحق العبد في حق الاستهلاك لأدى الى سقوط القطع وكذا ظهر سقوط العصمة في حق الضمان حتى لا يجب عليه ضمانه لانه لو لم يسقط في حقه يلزم أن يجب مال معصوم بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم فانتفى الضمان لانتفاء المماثلة كما لا يجب باستهلاك المنافع لهذا المعنى ولا نسلم أن هنا سببين بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم لصيانة أموال الناس لا غير فلا يجب حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما استشهد به لان هناك سببين مختلفين لان ما يجب من الجزاء حقا لله تعالى لا تعلق له بكون المحل معصوما مملوكا ألا ترى أنه لو قتل صيدا غير مملوك أو صيد نفسه أو شرب خمر نفسه أو قتل عبد نفسه يجب هذا الاجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه متعلق بالمحل بدلا عنه فتعدد الموجب لتعدد السبب فافترقا فان قيل متى انتقلت العصمة حقا لله تعالى ان قلتم قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب وان قلتم بعد السرقة فهذا غير مفيد لان السبب صادف محلا محترما حقا للمالك وان قلتم مع السرقة فهو باطل أيضا لان السرقة وقت الوجود ليست بموجودة فكيف يوجد حكمها قلنا انتقلت العصمة قبيل السرقة متصلا بالسرقة لتنعقد السرقة موجبة للقطع ويجوز سبق الحكم على السبب اذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت يثبت الملك مقتضى للعتق سابقا عليه ضرورة صحة العتق عنه فكذا هذا فان قيل اذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك فكيف يشترط خصومته قلنا ما شرط المالك لذاته بل لاظهار السرقة وليتمكن الامام من القطع حتى لو وجدت الخصومة من غير مالك اكتفى به على ما مر قال رحمه الله (ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيأ) يعني لو سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيأ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا في التي قطع لها ولو حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيأ بالاتفاق لهما في الخلافية أن المسقط للضمان القطع وهو حصل

الكمال لانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال اه (قوله وانما يؤثر الاعسار في التأخير لا غير) قال الكمال ولا خلاف ان كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له اه

الحاضر لانه لا يستوفى الا بخصومته واثباته عند القاضى ولم يوجد ذلك من غيره فيقطع له خاصة اذ ليس بنائب عنهم فبقيت أموالهم معصومة على حالها ولهذا لو حضروا وادعوا السرقة لم يأخذوها حتى يقيموا البينة على السرقة ولو كانت خصومته للكل لاخذوها كما يأخذهو وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط لظهورها عند القاضى وعند من له الحق ليعلم لا لوجوب القطع اذ هو بالجناية وصاحب الحق هو الله تعالى وهو لا يخفى عليه خافية فلا حاجة الى القضاء بل الى الاستيفاء فاذا استوفى كان للكل لعود منفعته الى الكل بخلاف المال لانه حق العبد فتشترط الخصومة منه ولان القطع متحد فيكون القضاء به للكل بخلاف الاموال فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلا للمال ولهذا لو اختار التضمين لا يقطع ولا يصح البذل من واحد عن الكل قلنا بذل المال بسقوط عصمته أمر شرعى يثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد ألا ترى أنه يستوفيه الحاكم بخصومة من لا يملك البذل كالاب والوصى والمكاتب والعبد المأذون له وعلى هذا الخلاف اذا سرق من واحد نصابا مرارا ثم قطع لاجل نصاب واحد قال رحمه الله (ولو شق ما سرق فى الدار ثم أخرجه قطع) وذلك مثل أن يسرق ثوبا وشقه نصفين قبل أن يخرجه من الدار ثم أخرجه وقيمته عشرة دراهم بعد الشق فانه يقطع وقال أبو يوسف لا يقطع لانه أحدث فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة فيملك المضمون فصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار البائع ثم فسخ البيع ولهما أن الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعا وانما هو سبب للضمان وانما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كالاخذ نفسه وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما استشهد به لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة بل أولى لاستناده واقتصار الهبة وهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا قطع بالاجماع لانعدام سبب الملك لعدم اختيار تضمين كل القيمة وترك الثوب عليه ثم يضمن النقصان مع القطع هنا وكذا اذا كان الخرق فاحشا واختار أخذ الثوب وتضمين النقصان ولا يمتنع هذا التضمين بالقطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل

(قوله لاخذوها كما يأخذهو) أى فلو وجب الضمان عليه لاجتمع قطع وضمان اه كافى (قوله وله أن الواجب الخ) قال فى الكافى وله أن القطع وجب عن السرقات كلها فيبطل ضمان كلها كما لو خاصموا جميعا وهذا لان الحد عند تقدم أسبابه يقع عن الكل لعدم رجحان البعض عن البعض وكل السرقات ثابتة فى علم الله تعالى والقطع يستوفى حقاله ولا يجب بالسرقات الا قطع واحد للتداخل فيقع عن الكل فى علمه تعالى الا أن القاضى لا علم له بسائر السرقات فظن ان القطع بازاء الواحدة فاذا ثبت الباقى فى السرقات بالبينات بان له أن القطع بازاء الكل والخصومة شرط لظهورها عند القاضى لا لوجوبها فاذا خاصم الواحد وأثبت وضع التكلف القاضى بالقطع والمستوفى يصلح للكل والكل واجب فى الحقيقة فيقع عن الكل لعود نفعه الى الكل اه (قوله فانه يقطع) أى وان كان لا يساوى عشرة دراهم بعده لم يقطع اتفاقا اه كافى (قوله وكذا اذا كان الخرق فاحشا) قال فى الكافى فان قيل قد أوجبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان قلنا انما لا يجتمعان كيلا يؤدى الى الجمع بين أجزاء الفعل وبدل المحل فى جناية واحدة وهنا لا يؤدى اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة فى شئ اه (قوله ولا يمتنع هذا التضمين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقدير السؤال أن يقال كيف جمع أبو حنيفة ومحمد بين القطع وضمان الشق وقد تقدم من أصل أصحابنا ان القطع والضمان لا يجتمعان فأجاب عن ذلك بان ما فات عن الشق صار هالكا قبل الاخراج فالقطع لم يقع له فلا ينتفى الضمان ولا يمتنع القطع اه قال الكمال رحمه الله واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغى أن لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال فى الفوائد الخبازية وفى الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان ملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر فى عامة الكتب الامهات أنه يقطع ويضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هنا بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه ألا ترى الى قول الامام فخر الدين قاضيخان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان أما القطع فلانه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعيب الذى وجد قبل الاخراج الذى به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقى فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأما قول الباحث ملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الخ فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك فى المخرج فان الجزء الذى ملكه

الاخراج والقطع باخراج الباقى فلا يمتنع كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وذكر الخبازى أن الصحيح أنه لا يضمن النقصان لانه ضمان هذا الثوب فيكون كأنه ملك ما ضمن فيكون مشتركا بينهما فينتفى القطع وتكلموا فى الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ان أوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقى لثوب ما فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينقص به نصف القيمة فاحش وما دونه يسير وما فوقه استهلاك لان للاكثر حكم الكل والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة قال رحمه الله (ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا) أى لا يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه قال رحمه الله (ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها) أى لو سرق ذهبا أو فضة قدر ما يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع ورد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها وأصل هذا الخلاف فى الغصب فى أن الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا فعنده لا يملك لانها لا تتقوم وعندهما يملك لتقومها ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لانه لم يملكها على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه وعلى هذا الخلاف اذا اتخذه حليا أو آنية قال رحمه الله (ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن) أى لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره فى المحيط والكافى ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد رحمه الله سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر الخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائم من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل أولى كما فى الغاصب ولهما أن صبغ السارق فى الثوب قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى حتى اذا هلك عنده أو استهلكه لا يجب عليه الضمان فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له اذا صبغه انقطع حق المالك لما قلنا بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم من كل وجه فرجحنا جانب الاصل دون التبع فان قيل اذا انقطع حق المالك وجب أن يملكه السارق من حين سرق فيمتنع القطع قلنا يجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما فصار كما لو سرق حنطة فطحنها

بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المتناول له اه (قوله لا يقطع) أى وان كانت قيمتها مذبوحة عشرة دراهم اه (قوله ولا قطع فيه) أى لكنه يملك قيمتها للمسروق منه اه فتح (قوله وهذا عند أبى حنيفة) وبه قالت الثلاثة اه فتح (قوله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها) أى وهل يقطع عندهما يذكر قريبا اه (قوله فى أن الغاصب) أى اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم اه (قوله وعندهما يملك لتقومها) وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة فى الصفر والحديد بأن غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا أو فضة صار دراهم دنانير وله أن هذه الصنعة فى الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية توزنها عشرة فضة باحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الفضة والذهب وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم اه كمال (قوله لانه ملكه قبل القطع) أى بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكنه يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة اه كمال (قوله وقيل يجب) أى ولا شئ على السارق اه فتح (قوله فلم يملك عينه) أى فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شئ عليه قاله الكمال اه قال الشهيد فى جامعه وهو الاصح اه (قوله فى المتن ولو صبغه أحمر الخ) قال فى الهداية ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر يقطع به قال الكمال باجماع العلماء اه (قوله وقال محمد يؤخذ منه الثوب) قال الكمال وهو قول الائمة الثلاثة اه (قوله قائم صورة) أى وهو ظاهر اه (قوله ومعنى) أى من حيث القيمة اه فتح (قوله حتى اذا هلك عنده) أى عند السارق اه (قوله أو استهلكه لا يجب عليه الضمان) حتى لو أراد المسروق منه أن يأخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ اه فتح (قوله انقطع حق المالك) أى فى الرجوع اه (قوله فرجحنا جانب الاصل دون التبع) قال فى الفوائد الظهيرية وفى المسئلة اشكال وهو أن الثوب على تقدير القطع يصير ملكا للسارق من حين صبغه فتبين أن القطع لم يكن بحق ولهذا قلنا إن القطع مع الضمان لا يجتمعان لانه على تقدير الضمان يثبت الملك من وقت السرقة فيتبين أن القطع لم يكن بحق وجوابه أن ثبوت الملك هنا لما ذكرنا من الترجيح لوصف التقوم فانه معنى بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبل القطع ومع هذا القيل والقال فيه مجال فان السارق حين قطع والثوب مصبوغ أو بقى الثوب على ملك المالك والصبغ ملك السارق فيكون قد قطع فى شئ مشترك فكان ينبغى أن لا يقطع لكنه جعل الثوب كالمستهلك حتى جاز القطع

قطعها فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق لما قلنا يحققه ان ثبوت الملك للسارق فيه لرجحان الصبغ بكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك باقيا قبله قال رحمه الله (ولو أسود برد) أي لو صبغ الثوب أسود برد الثوب على المسروق منه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا سبيل للمسروق منه على الثوب لان السواد نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله وليس بزيادة وبنقصان المسروق لا ينقطع حق المالك بخلاف الزيادة فيرد على المالك وعند أبي يوسف ومحمد السواد زيادة لكن بالزيادة لا ينقطع حق المالك عند محمد بل يرد ويأخذ ما زاد الصبغ وعند أبي يوسف ينقطع ولا يأخذ الزيادة على ما ينافي الحمرة وكذا اذا قطع الثوب وخاطه لا يسترد منه والله أعلم بالصواب

﴿باب قطع الطريق﴾

شرائط قطع الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة يعني ما يختص به دون السرقة الصغرى ثلاثة أن يكون من قوم لهم قوة وشوكة تنقطع بهم الطريق وأن لا يكون في مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين وأن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لان قطع الطريق انما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق لانهم يلحقهم الغوث من جهة الامام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق وعن أبي يوسف انهم لو كانوا في المصر ليلا أو فيما بينه وبين المصر أقل من مسيرة سفر تجري عليهم أحكام قطاع الطريق وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة قال رحمه الله (أخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وان أخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف وان قتل قتل حدا وان عفا الولي وان قتل وأخذ قطع وقتل وصلب أو قتل أو صلب) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال لان الجنايات متفاوتة والحكمة أن يتفاوت جزاؤها وهو الأليق بحكمة الله تعالى وانما ذكر أنواع الجزاء ولم يذكر أنواع الجناية لانها معلومة فكان بيان جزائها أهم وهذا لان أنواع الاجزية ذكرت على سبيل المقابلة بالجناية وهي المحاربة وهي معلومة بأنواعها فاكتفى باطلاقها وبين أنواع الجزاء فوجب التقسيم على حسب أحوال الجناية اذ ليس من الحكمة أن يسوى في العقوبة مع التفاوت في الجناية كيف وقد روى أن جبريل عليه الصلاة والسلام نزل بهذا التقسيم في أصحاب أبي بردة وقال مالك رحمه الله الامام مخير أي شئ شاء من هذه الاجزية فعل بكل واحد من الجناية لان كلمة أو تقتضي ذلك كما في كفارة اليمين وجوابه انها مقابلة بالجنايات فاقتضت الانقسام فتقديره أن يقتلوا ان قتلوا أو يصلبوا ان قتلوا وأخذوا المال أو تقطع

أخره عن السرقة وأحكامها لانه ليس سرقة مطلقا ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الادراك فكان سرقة مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز اه فتح قال الاتقاني اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما كونه سرقة فباعتبار أن قاطع الطريق يأخذ المال خفية عن عين الامام الذي عليه حفظ الطريق والمارة لشوكته (٢٣٥) ومنعته وأما كونه كبرى فلان ضرره يعم عامة المسلمين حيث يقطع عليهم الطريق بزوال الامن بخلاف السرقة الصغرى فان ضررها خاص بالمسروق منه ولان موجب قطع الطريق أغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ومن حيث القتل والصلب وليس في السرقة الصغرى مثل ذلك ثم تقديم السرقة الصغرى على الكبرى لان الصغرى أكثر وقوعا ولان الترقي من القليل الى الكثير أو لان قطع الطريق فيمن يباشر عارض بالسفر وذكر العارض بعد ذكر الاصل اه (قوله في المتن حبس حتى يتوب) أي بعد ما يعزر اه كافي (قوله وان قتل وأخذ قطع) قال في الكافي وان قتلوا وأخذوا المال ان شاء الامام قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ثم قتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم من غير قطع وان شاء صلبهم اه قوله وان شاء صلبهم أي أحياء ثم قتلهم اه كافي (قوله أو قتل أو صلب) اعلم أن القطاع اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام مخير بين ثلاثة أمور ذكرها في المتن وزاد الشارح رحمه الله عليها ثلاثة أمور ستأتي عند قول الشارح رحمه الله والحالة الرابعة والله أعلم (قوله انما جزاء الذين يحاربون الله) أي أولياء الله وهم المؤمنون على حذف المضاف لان أحدا لا يحارب الله ولان المسافر في البراري في أمان الله وحفظه متوكلا عليه فالمعترض له كأنه محارب لله تعالى اه دراية قال الكمال أي يحاربون عباد الله وهو أحسن ممن يقدر أولياء الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر والذمي اه (قوله التوزيع) أي توزيع الاجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق اه كمال (قوله على الاحوال) كانه قال أن يقتلوا إن قتلوا الخ لا التخيير كما قال مالك متشبثا بظاهر أو ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من أخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن أخذ المال وقتل صلب اه كافي (قوله وهي معلومة بانواعها) أي عادة بتخويف أو أخذ مال أو قتل وأخذ مال اه كافي

(قوله ثم هذه الاحوال أربعة) أي والاجزية كذلك اه كافي قال الكمال فأحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي أربعة وبالنسبة الى ماهو أعم منه خمسة اه وذكر التمرتاشي والاحوال خمس تخويف لاغير وهنا عزروا وأدنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا والثانية أخذ المال فهنا اذا تابوا قبل الاخذ سقط الحد وضمنوا المال قائما وهالكا ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وردوا المال القائم ولم يضمنوا الهالك عندنا خلافا للائمة الثلاثة والثالثة جرحوا لاغير وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص والارش فيما لايجرى والاستيفاء الى صاحب الحق والرابعة أخذوا المال وجرحوا اتقطع من خلاف وبطل حكم الجراحات عندنا خلافا للائمة الثلاثة لان حكم مادون النفس حكم المال فسقط الضمان والخامسة أخذوا وقتلوا أو قتل أحدهم رجلا بسلاح أو غيره فالامام هنا مخير على ماذكره في المتن اه دراية (قوله الاولى أن يؤخذ قبل أن يقتل نفسا ولا يأخذ مالا) بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا الى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا اه كمال (قوله وهذه الهاء ترجع الى غير مذكور) أي الهاء عائدة الى قطع الطريق أي أخذ قبل أخذ المال وقتل

النفس اه (قوله وحكمه أنه يحبس حتى يتوب) أي وهو المراد بالنفي المذكور في الآية اه اتقاني قال في الكافي اذا خرج جماعة ممتنعون أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يتوبوا بعدما يعزرون لان المراد بالنفي المنصوص الحبس في حق من خوف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل لانه إما أن يراد به نفيه عن جميع الارض وذا لايتحقق مادام حيا أو عن بلده الى بلد أخرى وبه لايحصل المقصود وهو دفع أذاه عن الناس أو عن دار الاسلام الى دار الحرب وفيه تعريضه على الردة فقلنا ان المراد نفيه عن جميع الارض بدفع شره عن أهلها الاموضع حبسه اذ المحبوس يسمى خارجا من الدنيا وانما يعزرون لارتكابهم منكر التخويف الجناية وشرط أن تكون الجماعة ذات منعة لان قطاع الطريق محاربون بالنص والمحاربة انما تتحقق ممن له منعة وشوكة اه (قوله قال القائل) أي وهو صالح بن عبد القدوس اه (قوله فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى) الذي بخط الشارح فلسنا من الاحياء ولا الموتى وكذا في الكافي وفي بعض نسخ هذا الشرح * فلسنا من الاموات فيها ولا الاحيا * وهو مخالف لخط المصنف اه (قوله وأصاب كل واحد منهم نصابا) أي عشرة دراهم أو ماقيمته العشرة وقال الحسن بن زياد عشرون لانه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط نصابان اه اتقاني رحمه الله (قوله فانه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى) أي لئلا يفوت جنس المنفعة اه كافي (قوله لامستأمن) أي فلو قطعوا الطريق على مستأمن لايلزمهم شئ مماذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأبيد اه كمال رحمه الله (قوله حتى لو كانت يده اليسرى مقطوعة الخ) قال الاتقاني رحمه الله وانما قطع الطرفان لوقوع أثر الجناية عاما وتغلظها واعطى مال الذمي حكم مال المسلم لتأبد العصمة فيهما اه (قوله لايقطع لماذكرنا) أي ولو كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يده اليمنى فقط ولا خلاف فيه اه كافي (قوله ينبغي أن يتضاعف نصابه فيكون عشرين درهما) أي لانه كالسرقتين اه كافي

أيديهم وأرجلهم من خلاف ان أخذوا المال أو ينفوا ان أخافوا بخلاف كفارة اليمين فانها مقابلة بجناية واحدة وهي الحنث فكانت للتخيير والذي يدلك على ماقلنا ماروى عن ابن عباس في قطاع الطريق اذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف واذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نفوا من الارض رواه الشافعي في مسنده وحكاه في المنتقى ثم هذه الاحوال أربعة الاولى أن يؤخذ قبل أن يقتل نفسا ولا يأخذ مالا وهو المراد بقوله أخذ قاصد قطع الطريق قبله وهذه الهاء ترجع الى غير مذكور وحكمه أنه يحبس حتى يتوب وقال الشافعي المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضع وهذا ليس بسديد لان دفع أذاه لايحصل بذلك لانه يفسد في موضع آخر وان أخرج بالتتبع من دار الاسلام ففيه تعريضه على الردة ولم يعهدنا الشارع ذلك فتعين الحبس لانا عهدناه عقوبة في الشرع وفيه نفيه عن وجه الارض وهو أبلغ وجوه النفي قال القائل

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الاموات فيها ولا الاحيا
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

فكان أدفع لشره وأشد عقوبة على ارتكابه المنكر وهو الاخافة والحالة الثانية أن يؤخذ بعد ما أخذ المال ولم يقتل النفس وأصاب كل واحد منهم نصابا فانه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى اذا كان المال لمسلم أو ذمي لامستأمن وهو المراد بقوله وان أخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف لما تلونا ولان جنايته أفحش من السرقة الصغرى فكانت عقوبته أغلظ بقطع الثنتين وكان من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة حتى لو كانت يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو رجله اليمنى كذلك لايقطع لماذكرنا فان قيل لما تضاعف قطعه ينبغي أن يتضاعف نصابه فيكون عشرين درهما قلنا تغلظ العقوبة هنا بتغلظ

(قوله والحالة الثالثة أن يؤخذ وقد قتل النفس) أى مسلما أو ذميا اه فتح (قوله فان الامام يقتله حدا) قال الكمال وفى فتاوى قاضيخان وان قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ماذكرنا الا أن يكون معناه اذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيأ ومال الى القتل فاما سنذكر فى نظيره انه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا ان خرج على القافلة فى الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من انه يحبس امتثالا للنفى المذكور فى الآية اه (قوله حتى لو عفا الاولياء لم يلتفت الى عفوهم) أى لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفا عنهم عصى الله تعالى اه فتح (قوله قلنا القطع حق

الجناية بمحاربة الله ورسوله لا بكثرة المأخوذ والحالة الثالثة أن يؤخذ وقد قتل النفس ولم يأخذ المال فان الامام يقتله حدا حتى لو عفا الاولياء لم يلتفت الى عفوهم ولا يشترط أن يكون القتل موجبا القصاص من مباشرة الكل والآلة لانه حق الله تعالى لوجوبه فى مقابلة الجناية على حقه بمحاربته وهو المراد بقوله وان قتل قتل حدا وان عفا الولى وقال الشافعى الواجب قصاص لانه قتل بازاء قتل قلنا القطع حق الله تعالى فكذا القتل لانه قسيمه وتسميته جزاء يشعر بذلك لانه اسم لما يجب لله تعالى والحالة الرابعة أن يؤخذ وقد قتل النفس وأخذ المال فان الامام فيه مخير ان شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله وان شاء قتله وصلبه وان شاء قطعه وصلبه وان شاء قتله وان شاء صلبه وان شاء قطعه من خلاف وقتله وصلبه وهو المراد بقوله قطع وقتل وصلب الخ وقال محمد رحمه الله يقتل أو يصلب ولا يقطع وأبو يوسف معه فى المشهور ولان القطع حد على حدة والقتل كذلك بالنص فلا يجمع بينهما بجناية واحدة وهى قطع الطريق اذ لا يجوز الجمع بين الحدين بجناية واحدة ولانه اجتمع عليه العقوبة فى النفس وما دونها حقا لله تعالى فيدخل ما دون النفس فى النفس كما لو اجتمع عليه حد الشرب والسرقة والرجم فانه يكتفى بالرجم ويدخل فيه ما عداه ولابى حنيفة رحمه الله ورضى عنه أنه وجد الموجب لهما وهو القتل وأخذ المال فيستوفيان وهما حد واحد لاتحاد سببهما وهو قطع الطريق لكن ما يقع به القطع متفاوت فاذا تناهى تفويت الامن بأخذ المال وقتل النفس تناهت عقوبته وصار هذا كقطع اليد والرجل فانهما حدان فى السرقة الصغرى وحد واحد فى الكبرى ولا تداخل فى حد واحد كجلدات الحد فى الزنا وغيره وانما التداخل فى الحدود ولا يلزم أن للامام أن يقتله أو يصلبه ويدع القطع لان ذلك ليس للتداخل بل لانه ليس عليه رعاية الترتيب فى أجزاء حد واحد فله أن يبدأ بالقتل فاذا قتله لا يفيد القطع بعده كالزانى اذا جلد خمسين جلدة فمات يترك الباقى لعدم الفائدة فى اقامته بعد الموت ثم فى ظاهر الرواية هو مخير فى الصلب ان شاء فعله وان شاء تركه وعن أبى يوسف أنه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره فلا يترك ما أمكن قلنا معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صلب أحدا قال رحمه الله (ويصلب حيا ثلاثة أيام ويبعج بطنه برمح حتى يموت) لان المقصود الردع وهو أبلغ من صلبه بعد القتل روى ذلك عن الكرخى وعن الطحاوى أنه يصلب بعد القتل ولا يصلب حيا توقيا عن المثلة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور والاول أصح وهو أردع ولهذا لا يقتل جزا بالسيف مع الامر باحسان القتلة ونظيره الرجم فى الزنا لما قلنا ثم اذا تم له ثلاثة أيام من وقت موته يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه وعن أبى يوسف انه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط لانه أبلغ فى الارداع قلنا انه يتغير بعد الثلاث فيتأذى الناس به والارداع قد حصل بذلك القدر وغايته غير مطلوبة قال رحمه الله (ولم يضمن ما أخذ) يعنى بعدما أقيم عليه الحد لما ذكرنا فى السرقة الصغرى وكذا لا يضمن ما قتل وما جرح لذلك المعنى قال رحمه الله (وغير المباشر كالمباشر) يعنى فى الاخذ والقتل حتى تجرى أحكامه على الكل بمباشرة بعضهم وقال الشافعى لا يحد الا المباشر كحد الزنا ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة

الله تعالى) أى فلا يدخله عفو وعليه أجمع أهل العلم ذكره ابن قدامة فى المغنى وفى شرح الوجيز قتل بمقابلة قتل وفيه معنى الحد فلا يصح عفوه ولكن ذكر فى الكافى وعند الشافعى الواجب قصاص لانه قتل بازاء قتل وهذا لا يدل على جواز العفو فان أصحابه اختلفوا فيه فقالوا فيه معنى الحد والقصاص وخرجوا على مسائل ولكن ما قال أحد منهم بجواز العفو اه كاكى (قوله والحالة الرابعة) قال الكمال وأما بالنسبة الى ما هو أعم فالاحوال الاربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدثوا توبة وتأتى أيضا فى الكتاب اه (قوله وقال محمد يقتل) وجعل فى الاسرار قول محمد أصح اه كاكى (قوله وأخذ المال) أى فأخذ المال موجب القطع والقتل موجب القتل اه (قوله فى المتن ويبعج) أى يشق اه (قوله لان المقصود الردع) الردع المنع اه اتقانى (قوله لا يقتل جزا) بالجيم فى خط الشارح اه (قوله ليدفنوه) وعلمت فى باب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق اه فتح (قوله حتى تجرى أحكامه على الكل بمباشرة بعضهم) أى وهذا لان قتلهم وجب حدا عليهم لا قصاصا فلم تعتبر المساواة فصار من قتل ومن لم يقتل سواء اه اتقانى (قوله وقال الشافعى لا يحد الا المباشر) أى لانه جزاء الفعل فلا يجب الا على المباشر اه كافى قال فى الهداية وان باشر القتل أحدهم قال الكمال أى واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا ولم يعينوا أجرى الحد على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا

لان القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص مع التوزيع والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم اه فتح (قوله فيستوي فيه الرده) الردء وزان حمل المعين وأردأته بالالف أعنته اه مصباح (قوله كالقتل بالسيف) أي في قتل الكل وان لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر اه فتح (قوله في المتن وان أخذ مالا وجرح) أي جرحوا واحدا أو جراحات اه

فيستوي فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة وهذا لان الردء محارب مفسد وقوفه ليتمكن المباشر من الاخذ وليقتل هو ان أمكنه ويدفع عن المباشر العوائق وينضم المباشر اليه ان تعذر وهذا هو المعتاد بينهم ولو اشتغل الكل بالمباشرة لما تهيأ لهم غرضهم فيكون الكل محاربين مفسدين فيدخلون تحت قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا وأي محاربة وأي فساد يكون أشد منه ولهذا جاز قتل ردء أهل البغي ولولا أنه محارب لما جاز فاذا ثبت أنه محارب أجري عليه أحكامه بخلاف الزنا لان غير المباشر ليس له فيه صنع لتمكنه وحده قال رحمه الله (والعصا والحجر كالسيف) يعني القتل بالعصا أو بالحجر كالقتل بالسيف لان قطع الطريق يحصل بالقتل بأي آلة كانت بل بأخذ المال بغير قتل أو بمجرد الاخافة على ما بينا حكمه وهو المناط هنا بخلاف القصاص لانه يقصد القتل والقصد مبطن لا يعرف فيستدل عليه باستعمال آلة القتل وشرط ذلك لينتفي احتمال قصد التأديب أو اتلاف العضو وما أشبه ذلك قال رحمه الله (وان أخذ مالا وجرح قطع وبطل الجرح) لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفي بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال على ما بينا في السرقة الصغرى فان قيل الجرح فعل آخر غير الاخذ فينبغي أن يعتبر حق العبد فيه لان اعتباره لا يؤدي الى سقوط الحد في الاخذ لانهما فعلان متغايران فيجعل أحدهما سببا لحق العبد لا يمتنع الآخر أن يكون سببا لحق الله تعالى بخلاف الاخذ لانه فعل واحد على ما بينا قلنا بل الفعل واحد وهو قطع الطريق واذا وجب حق الله تعالى به امتنع حق العبد على ما ذكرنا من قبل قال رحمه الله (وان جرح فقط أو قتل فتاب أو كان بعض القطاع غير مكلف أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولي أو عفا) أما اذا جرح فقط أي لم يقتل ولم يأخذ مالا فلان هذه الجناية ليس فيها حد فلا يسقط حق العبد اذ السقوط في ضمن استيفاء الحد ولم يوجد فيكون حقه باقيا فيقتص فيما فيه القصاص ويؤخذ الارش في غيره وذلك الى الاولياء وعلى هذا اذا جرح وأخذ من المال دون النصاب أو الاشياء التي لا يقطع فيها كالاشياء التافهة والتي يتسارع اليها الفساد ولو كان مع هذا الاخذ قتل لا يجب الحد أيضا وهو طعن عيسى فانه قال القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة فجوابه أن قصدهم المال غالبا فينظر اليه لا غير بخلاف ما اذا اقتصروا على القتل لانه تبين ان قصدهم القتل دون المال فيحدون فعدت هذه من الغرائب ثم اذا لم يجب الحد يكون الامر في القصاص والارش الى الاولياء لعدم وجوب الحد وأما اذا قتل أو أخذ مالا فتاب يعني قبل أن يؤخذ فلان هذا الحد لا يقام في هذه الحالة للاستثناء المذكور في الآية أو لان التوبة تتوقف على رد المال وبعد الرد لا يقطع لما ذكرنا في السرقة الصغرى فاذا سقط الحد صار الامر الى الاولياء في القصاص والارش على نحو ما بينا فان قيل ينبغي أن ينصرف الاستثناء في الآية الى الذي يليه وهو قوله تعالى ولهم في الآخرة عذاب عظيم كما في آية القذف فلا يقتضي سقوط الحد بالتوبة قلنا في هذه الآية الجمل التي قبل الاستثناء كلها من جنس واحد اذ الكل جزاء المحاربة فينصرف الاستثناء الى الكل فيرتفع الكل بالتوبة

(قوله فلا يسقط حق العبد) أي في النفس والمال اه كافي (قوله ويؤخذ الارش في غيره) أي كما اذا قطعوا الاسنان أو الذكر لا قصاص فيه في ظاهر الرواية ويؤخذ الارش خلافا لابي يوسف فيما اذا قطع من الاصل وفي الحشفة قصاص اتفاقا لان موضع القطع معلوم الا اذا قطع بعض الحشفة لا قصاص وكذا اذا ضربوا العين فقلعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الارش الا اذا كانت العين قائمة فذهب ضوؤها ففيه القصاص لامكان المماثلة وكذا لا قصاص في عظم الا في السن الا اذا اسودت أو احمرت أو اخضرت فحينئذ يجب الارش اه اتقاني رحمه الله (قوله ولو كان مع هذا الاخذ) أي أخذ ما دون النصاب اه (قوله أو أخذ مالا فتاب) أي ورد المال أيضا وبه صرح في المبسوط اه دراية (قوله يعني قبل أن يؤخذ) قال في الهداية وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه ولفظ الجامع الصغير وان أخذ وقد تاب بطل الحد وانما قيد بقوله أخذ بعد ما تاب لانه اذا تاب بعد ما أخذ لا يسقط الحد والاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد في النفس والمال فان شاء قتل وان شاء صالح وان شاء عفا وان شاء ضمن المال اه اتقاني (قوله للاستثناء المذكور في الآية) قال الله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم الآية ولا خلاف فيه وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لينقطع به خصومة صاحب المال وقد انقطعت خصومته برد المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد اه دراية

بخلاف

بخلاف الاستثناء في آية القذف لان الجملة التي تليه خلاف جنس الجمل المتقدمة اذ هي لا تصلح جزاء القذف وانما هي اخبار عن حاله بأنه متصف بالفسق فكانت فاصلة بينه وبين ماقبلها من الجمل فيعود اليها فقط وأما اذا كان بعض قطاع الطريق غير مكلف بأن كان صبيا أو مجنونا فلان هذه الجناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وانه لا يثبت الحكم كالعامد والمخطئ اذا اشتركا في القتل حيث لا يجب القود وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون لان المباشر أصل والردء تبع ولا خلل في مباشرة الاصل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم وعلى هذا السرقة الصغرى وقوله أو بعض القطاع غير مكلف يدل على أن المرأة اذا قطعت الطريق تجري عليها الاحكام لانها مكلفة وقيل لا تكون قاطعة طريق لان بنيتها لا تصلح للحراب وعن أبي يوسف أنها تقطع ولا تصلب والاخرس في هذا كالصبي خلافا لابي يوسف ذكره في البدائع وأما اذا كان بعض القطاع ذا رحم محرم من المقطوع عليهم فلان الجناية متحدة فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وذلك خاص به فيخص الامتناع حتى اذا وقع القتل والاخذ على المستأمن خاصة لا يجب عليهم الحد وان وقع على غيره أو عليهما يجب وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول هذه المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم حتى لا يجب الحد باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم ويصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة امتنع في حق الباقين أما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الاجنبي والصحيح أنه يجري على اطلاقه لما ذكرنا واذا سقط الحد كان القصاص والتضمين الى الاولياء لانه حقهم ولم يوجد ما يسقطه وأما اذا قطع بعض القافلة على البعض فلان الحرز واحد فصارت القافلة كبيت واحد وأما اذا قطع الطريق بمصر أو بين مصرين فلان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في مثل هذه الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه ولان السبب محاربة الله تعالى وهي انما تتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيسير في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن تعرض له يكون محاربا لله تعالى وأما في المصر وفي القريب منه فيلحقه الغوث من السلطان والمسلمين فيكون اعتماده عليهم فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد وقال الشافعي رحمه الله تعالى يكون قاطع الطريق في المصر وهو القياس لوجود حقيقة القطع وعن أبي يوسف أنهم ان قصدوا في المصر بالسلاح تجري عليهم أحكام قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث فلا يلحقهم الغوث وان قصدوا بالحجر أو الخشب فان كان خارج المصر فكذلك الحكم لان الغوث لا يلحقهم وان كان بقرب منه وان كان في المصر فان كان بالليل فكذلك أيضا لان الغوث لا يلحقهم وان كان بالنهار لا تجري عليهم أحكام قطاع الطريق واستحسن

(قوله لان الجملة التي تليه) أي وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون اه (قوله وعلى هذا السرقة الصغرى) وجه الظاهر أن الردء حكمه حكم المباشر في حد قطع الطريق ولهذا يلزمهما جميعا اذا كانا مكلفين فلما كان كذلك كان حضور الصبي والمجنون كمباشرته ولا حد عليهما اذا باشرا فكذا اذا حضرا فاذا لم يجب عليهما سقط عن الباقين لاشتراكهما في سبب الحد كما اذا اشترك الخاطئ والعامد اه اتقاني (قوله أو بعض القطاع غير مكلف) قال الولوالجي رحمه الله فان كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيهم كالحكم في الاحرار والرجال أما العبد لقوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ولم يفصل بين العبد والحر وأما المرأة (٢٣٩) فكذلك في ظاهر الرواية وذكر الكرخي ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هو المحاربة والمرأة بأصل الخلقة ليست بمحاربة اه (قوله بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن) جواب سؤال مقدر بأن يقال القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستأمن فيهم أيضا اه اتقاني وكتب ما نصه فانهم يحدون لانهم قطعوا الطريق على المسلمين والمستأمنين وقطع الطريق على المستأمن ان لم يوجب الحد فقطع الطريق على المسلمين يوجبه وغير الموجب لا يصلح معارضا للموجب وهذا لان الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة وهو بقاء شبهة الاباحة في ماله على تقدير رجوعه الى داره وهو أي الخلل يخصه أي المستأمن وههنا الخلل في الحرز اذ القافلة حرز واحد وهو سبيل من الدخول على هذه القافلة بلا استئذان لمكان قريبه الذي يفترض وصله فلم يبق حرزا في حقه لم يبق حرزا في حق الكل كدار يسكنها أخوه وأجنبي فسرق منها مال الاجنبي لا يقطع وبمثله لو سرق مال مسلم ومستأمن من بيت يسكنان فيه يقطع اه كاكي وكتب على قوله فيهم ما نصه أي في المقطوع عليهم وهو القافلة اه (قوله والصحيح أنه) لفظة أنه ليست في خط الشارح اه (قوله يجري على اطلاقه) أي وانهم لا يحدون على كل حال اه كافي (قوله فلان الحرز واحد) أي والقاطع من أهلها فلا يعتبر قاطعا كما لو سرق من دار يسكن السارق فيها فاذا لم يجب الحد وجب القصاص ان قتل عمدا ورد المال ان أخذه وهو قائم والضمان ان هلك أو استهلكه اه غاية (قوله وعن أبي يوسف أنهم ان قصدوا في المصر) أي نهارا اه فتح

(قوله في المتن ومن خنق) رجلا بالتخفيف اذا عصر حلقه ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالتسكين كذا عن الفارابي اهـ اتقاني وقال في المصباح المنير خنقه يخنقه من باب قتل خنقا مثل كتف ويسكن للتخفيف ومنه الحلف والحلف اهـ قال في الهداية ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة قال الاتقاني رحمه الله وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يخنق رجلا يخنقه خناق حتى قتله قال الدية على عاقلته فان وجد وقد خنق غير مرة في المصر وغير المصر فللامام أن يقتله وأراد بها أن القصاص لا يجب مع ذلك قال فخر الاسلام البزدوي مخنقة الخناق هي الوتر وما يجري مجراه وليس ذلك بشرط لكنه بني على العادة وانما تجب الدية دون القصاص عند أبي حنيفة لانه لا يوجبه بالمثقل وهذا في معناه أما اذا اعتاد هذا الفعل فحينئذ يقتل عند أبي حنيفة أيضا سياسة اهـ (قوله في المتن قتل) قال الكمال لانه ظهر قصده الى القتل بالتخنيق حيث عرف افضاءه الى القتل ثم استمر يعتمده اهـ (قوله به) أي بسبب الخنق اهـ (قوله وهي مسئلة القتل بالمثقل) قال الكمال رحمه الله وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في ايلامه وادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك اهـ (قوله على ما يجيء) قال أبو يوسف اذا فعل ذلك مرة واحدة قتل به قصاصا ذكره في كراهية الينابيع شرح القدوري اهـ شرح كنز للسمرقندي

﴿كتاب السير﴾

قال الاتقاني رحمه الله تناسب الحدود والسير من حيث ان كلا من الحد والجهاد حسن لمعنى في غيره لا لعينه ثم المعنى الحسن يحصل فيهما جميعا بفعل المأمور به بدون الاتيان بفعل آخر مقصود وذلك المعنى في الحدود الزجر عن المعاصي وفي الجهاد قهر أعداء الله تعالى لكن قدمت الحدود على السير لانها تقع بين أهل الاسلام غالبا وعلى الخصوص كما في حد الشرب بخلاف الجهاد فانه يقع مع الكفار فتقديم الاحكام المتعلقة باهل الاسلام كان أولى ولان الجهاد زجر عن أصل المعاصي وهو الكفر والحد زجر عن الفسق فترقى من الادنى الى الاعلى ومعنى السير مذكور في المتن والمغازي جمع المغزاة من غزا يغزو غزوا وغزوة وغزاة ومغزاة اذا قصد العدو للقتال والاحاديث في فضل الجهاد كثيرة منها ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال قلت يارسول الله أي العمل أفضل قال الصلاة على ميقاتها قال قلت ثم أي قال بر الوالدين قال قلت ثم أي قال الجهاد في سبيل الله فسكت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو استزدته لزادني وفيه باسناده الى أبي سعيد قال قيل يارسول الله أي الناس أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله قالوا ثم من قال مؤمن في شعب من الشعاب يتقي الله ويدع الناس من شره وفيه أيضا باسناده الى أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها وفيه أيضا باسناده الى أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة اهـ

المشايخ بهذه الرواية وبه يفتى وعن ابن سماعة عن أبي يوسف في المكابرين بالليل اذا لم يقدر أهل الدار على الامتناع منهم فهم محاربون وأما بالنهار فهم مختلسون حتى يكونوا لا يقدر عليهم غير السلطان والمكابرون في القرى اذا كان أهل القرية لا يقدرون على الامتناع منهم محاربون وقال بعض المتأخرين جواب أبي حنيفة رحمه الله بما شاهد في زمانه فان الناس في ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن القاصد من قطع الطريق الا نادرا فلا يبنى الحكم على النادر وأما في زماننا فقد تركوا هذه العادة فيتحقق قطع الطريق في الامصار والقرى وقوله فأماد الولي أو عفا يعني ان شاء اقتص وان شاء عفا في هذه الصور كلها لانه لما لم يجب الحد فيها ظهر حق العبد لان سببه وطه كان في ضمن اقامة الحد ولم يوجد فكان استيفاؤه اليه ان شاء استوفى وان شاء عفا في القصاص والمال قال رحمه الله (ومن خنق في المصر غير مرة قتل به) يعني سياسة لانه ذو فتنة ساع في الارض بالفساد فيقتله الامام دفعا لشره وفتنته عن العباد وفي قوله غير مرة اشارة الى أنه لا يقتل الا اذا تكرر منه وهي مسئلة القتل بالمثقل على ما يجيء في موضعها ان شاء الله تعالى ومن السياسة ما حكي عن الفقيه أبي بكر الاعمش أن المدعى عليه السرقة اذا أنكر فللامام أن يعمل فيه بأكبر رأيه فان غلب على ظنه انه سارق وان المال المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو رآه الامام جالسا مع الفساق في مجلس الشراب وكما لو رآه يمشي مع السراق وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس كما اذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله وحكي أن عصام بن يوسف دخل على أمير بلخ فأتي بسارق فأنكر السرقة فقال الامير لعصام ما ذا يجب عليه فقال على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير هاتوا بالسوط فما ضرب عشرة حتى أقر وأحضر السرقة فقال عصام ما رأيت جورا أشبه بالعدل من هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب السير﴾

السير جمع سيرة وأصل السيرة حالة السير الا أنها غلبت في الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها

بها كالمناسك على أمور الحج قال رحمه الله (الجهاد فرض كفاية ابتداء) يعني يجب علينا أن نبدأهم بالقتال وان لم يقاتلونا لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة وقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر وقال انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد فرض ماض منذ بعثني الله الى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وعليه اجماع الامة وكونه فرضا على الكفاية لانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد في نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد فاذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ودفن الميت ورد السلام ولان في اشتغال الكل قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فينقطع الجهاد بسبب ذلك فينبغي أن يتولى البعض الجهاد والبعض التجارة والحرث والحرف التي تقوم بها المصالح والتقوية فوجب على الكفاية والذي يدل على أنه فرض كفاية قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى وعد القاعد الحسنى ولو كان فرض عين لذم وكانت الصحابة يغزو بعضهم ويقعد البعض ولو كان فرض عين لما قعدوا وهذا هو الذي تقرر عليه أمر الجهاد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابتداء الامر مأمورا بالصفح والاعراض عن المشركين كما قال تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة الحسنة قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ثم أمر بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا أي أذن لهم في الدفع ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن بأسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى غير ذلك من الآيات والاخبار المطلقة وقد حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة نوع من القتال فهذا يدل على أن تحريم القتال في الاشهر الحرم منسوخ قال رحمه الله (إن قام به بعض سقط عن الكل) لحصول المقصود بذلك على ما بينا أنه مشروع لغيره فاذا حصل المقصود بالبعض كفى قال رحمه الله (والا أثموا بتركه) أي ان لم يقم به أحد أثم الكل بتركه لانه واجب على الكل فيأثمون بتركه قال رحمه الله (ولا يجب على صبي وامرأة وعبد وأعمى ومقعد وأقطع) لقوله تعالى ليس على الاعمى حرج الآية نزلت في أصحاب الاعذار حين اهتموا بالخروج مع النبي صلى الله عليه وسلم لما نزلت آية التخلف ولانهم عاجزون والتكليف بالقدرة ولان الصبي مظنة المرحمة فلا يؤتى به الى المهلكة والمرأة والعبد مشغولان بخدمة الزوج والمولى وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الشرع قال رحمه الله (وفرض عين إن هجم العدو فتخرج المرأة والعبد بلا اذن زوجها وسيده) لان المقصود لا يحصل الا باقامة الكل فيجب على الكل وحق الزوج والمولى لا يظهر في حق فروض الاعيان كالصلاة والصيام بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهم كفاية فلا ضرورة الى ابطال حقهما وكذا الولد يخرج بغير اذن والديه وفي غير النفير العام لا يخرج

(قوله في المتن الجهاد فرض كفاية ابتداء) اعلم أن الكفار الذين امتنعوا عن قبول الاسلام وعن أداء الجزية يجب قتالهم وان لم يبدؤا بالقتال وكذا يجوز قتالهم في الاشهر الحرم وقال الثوري لا يجوز قتالهم حتى يبدؤنا وقال عطاء لا يجوز قتالهم في الاشهر الحرم ولنا عموم الآيات والاخبار اه اتقاني (قوله وقاتلوا المشركين كافة) أي وقوله اقتلوا المشركين وقوله تعالى وقاتلوهم وقوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر اه (قوله لا يؤمنون بالله باليوم الآخر) التلاوة ولا باليوم الآخر اه (قوله ولان (٢٤١) في اشتغال الكل قطع مادة الجهاد) أي ولان في جعله فرض عين حرجا عظيما حيث تتعطل أمور الناس زراعة وتجارة اذا خرجوا جميعا الى الجهاد والحرج منتف اه اتقاني (قوله أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا) أي وقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقوله وان جنحوا للسلم فاجنح لها اه (قوله وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة) أي وقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر واستقر الامر على ذلك وصارت حرمة القتال في الاشهر الحرم منسوخة بهذه الآية اه اتقاني وفي الايضاح وحرمة القتال في الاشهر الحرم نسخت بقوله تعالى فاقتلوهم حيث وجدتموهم اه دراية (قوله ومقعد) قال الاتقاني قال صاحب ديوان الادب المقعد الاعرج اه وقال في المغرب المقعد الذي لا حراك به من داء في جسده كأن الداء أقعده وعند الاطباء هو الزمن اه (قوله في المتن وفرض عين ان هجم العدو) قال في الهداية فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع قال في المغرب الهجوم

الاتيان بغتة والدخول من غير استئذان من باب طلب يقال هجم عليه حمل اه (قوله وكذا الولد يخرج بغير اذن والديه) قال في التجنيس بعد أن رقم في عيون المسائل لا يخرج الرجل الى الجهاد الا باذن الوالدين فان أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر فلا ينبغي أن يخرج وهما في سعة من أن يمنعاه اذا دخل عليهما مشقة لان مراعاة حقهما فرض عين والجهاد فرض كفاية فكان مراعاة فرض العين أولى فان كان له أبوان وله جدان وجدتان فان أذن له أبو الاب وأم الام ولم يأذن له الآخران فلا بأس بان يخرج لان أبا الاب قائم مقام الاب وأم الام قائمة مقام الام فكانا بمنزلة الابوين ولو أذن له الابوان لا بأس بان يخرج فكذا ههنا هذا اذا كان السفر سفر

الجهاد أما اذا كان غيره كالتجارة والحج فلا بأس بان يخرج بغير اذن والديه لانه ليس فى هذين السفرين ابطال حقهما الا انه ليس فيه خوف هلاكه حتى لو كان السفر مثل السفر فى البحر لا يخرج بغير اذنهما ثم انما يخرج بغير اذنهما للتجارة اذا كانا مستغنيين عن خدمته أما اذا كانا محتاجين فلا اه (قوله انفروا) يقال نفر الى الغزو نفرا ونفيرا أى خرج فان قلت قوله تعالى انفروا عام وليس فيه تخصيص بالنفير العام فكيف خص بالنفير العام قلت لو لم يتخصص بالنفير العام لوقع الناس فى حرج ولانه عليه الصلاة والسلام كان يخرج معه خلق كثير من أهل المدينة فعلم ان النفير خفافا وثقالا فيما اذا كان النفير عاما بان لا يندفع شر الاعداء بالبعض فحينئذ يفترض على الكل لتحصيل المقصود وهو قهر الكفار ودفع شرهم يدل على هذا قوله تعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة قال الزجاج فى تفسيره يروى أن ابن أم مكتوم جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له أعلى (٢٤٢) أن أنفر فقال لا (قوله أو فقراء أو أغنياء) أى أو مهازيل وسمانا أو صحاحا أو مرضى اه

اتقانى (قوله فأمامن وراءهم بعد من العدو) أى ففى حقهم فرض كفاية اذا لم يحتج اليهم اه دراية (قوله وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة) أى تجب على أهل محلته ولا تجب على من بعد عن الميت الا اذا علم أن أهل الميت يضيعونه أو عاجزون عن اقامة أسبابه اه كاكى (قوله فى المتن وكره الجعل) الجعل ماجعل من شئ للانسان على شئ يفعله والمراد هنا ما يضرب به الامام للغزاة على الناس بما يحصل به التقوى للخروج الى الحرب اه اتقانى (قوله لدفع الاعلى) أى الضرر الاعلى شر الكفرة اه اتقانى (قوله يغزى) يقال أغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو اه اتقانى (قوله العزب) قال فى المغرب العزب بالتحريك من لا زوج له ولا يقال أعزب وقد جاء فى حديث النوم فى المسجد عن نافع قال أخبرنى عبد الله انه كان ينام فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم وهو شاب أعزب وفى مختصر الكرخى الأيم من النساء مثل الاعزب من الرجال ويقال امرأة عزب أيضا أنشد الجرمى . يامن يدل عزبا على عزب * انتهى وفى المصباح قال أبو حاتم ولا يقال رجل أعزب قال الازهرى وأجازه غيره وقياس قول الازهرى أن يقال امرأة عزباء مثل أحمر وحمراء اه (قوله ويعطى الشاخص) قال الاتقانى رحمه الله والشاخص اسم فاعل من شخص من مكان الى مكان اذا سار فى ارتفاع فاذا سار فى حدور فهو هابط كذا قاله ابن دريد وشخص الرجل ببصره اذا أحد النظر رافعا طرفه الى السماء ولا يكون الشاخص الا كذلك والمراد هنا الاول اه (قوله فى المتن فان حاصرناهم الخ) لما فرغ المصنف من بيان ان الجهاد فرض كفاية أو عين على تقدير النفير العام وعلى من يجب وعلى من لا يجب شرع فى بيان كيفية القتال اه (قوله ندعوهم الخ) أما الامر بالدعاء الى الاسلام فلقوله تعالى وما كنا معذبين

قوما

الا باذنهما وكذا كل سفر فيه خطر لان الاشفاق عليه يضرهما وان لم يكن فيه خطر فلا بأس بأن يخرج بغير اذنهما اذا لم يضيعهما والاجداد والجدات مثلهما عند عدمهما وكذا المدين لا يخرج الا باذن الدائن الا فى النفير العام والاصل فيه قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية أى اخرجوا الى الجهاد شبابا وشيوخا أو ركبانا ومشاة أو فقراء وأغنياء وقد جاء فى التفسير خفافا شبابا أغنياء وثقالا شيوخا فقراء وهذا أبلغ وفى الجامع الصغير الجهاد واجب الا أن المسلمين فى سعة حتى يحتاج اليهم فقوله فى سعة اشارة الى أن مباشرة القتال لا تجب فى كل وقت بل الاستعداد له كاف وقوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى أن مباشرة القتال فرض على الكل عند الحاجة اليهم وهو النفير العام لان المقصود حينئذ لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض عليهم مباشرته وذكر فى النهاية معزيا الى الذخيرة اذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فأما من وراءهم يبعد من العدو فان كان الذين يقرب العدو عاجزين عن مقاومة العدو أو قادرين الا أنهم لا يجاهدون لكسل بهم أو تهاون افترض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين كلهم شرقا وغربا وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة وتجهيزها قال رحمه الله (وكره الجعل ان وجد فىء) والمراد به أن يضرب الامام الجعل على الناس الذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما أشبهه ولان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من جملته قال رحمه الله (والالا) أى ان لم يوجد فى بيت المال فىء لا يكره لان الحاجة الى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الادنى لدفع الاعلى وقد أخذ النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه وعمر رضى الله عنه كان يغزى العزب عن ذى الحليل ويعطى الشاخص فرس القاعد وقيل يكره أيضا لما بينا والصحيح الاول لانه تعاون على البر والجهاد من البعض بالمال ومن البعض بالنفس وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على الجهاد بالنفس والمال ومنهم من يقدر بأحدهما وكل ذلك واجب لقوله تعالى وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم وقوله ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل الله فيقتلون ويقتلون وقال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال عليه الصلاة والسلام المؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا وأطلق الاباحة فى اليسير ولم يقيده بشئ واستدل عليه بقوله عليه الصلاة والسلام مثل المؤمن يغزو بأجره مثل أم موسى ترضع ولدها لنفسها وتأخذ عليه الاجر وكانت تأخذ من فرعون دينارين كل يوم قال رحمه الله (فان حاصرناهم ندعوهم الى الاسلام) لما روى عن ابن عباس أنه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم

قوماقط الادعاهم رواه أحمد وقال عليه الصلاة والسلام لفروة بن المسيك لا تقاتلهم حتى تدعوهم الى الاسلام رواه أحمد قال رحمه الله (فان أسلموا والا الى الجزية) أى فان أسلموا كففنا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله ولا بد من أن يؤمن برسول الله صلى الله عليه وسلم وانما اكتفى فى الحديث بكلمة التوحيد لانهم كانوا يعتقدون الشرك فاذا وحد واعلم بذلك أنهم آمنوا بمحمد صلى الله عليه وسلم لانهم لم يعرفوا ذلك الا منه عليه الصلاة والسلام وقوله والا الى الجزية أى ان لم يقبلوا الاسلام ندعوهم الى أداء الجزية لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا أمر أميرا على جيش أو سرية أمره به فى حديث فيه طول رواه أحمد ومسلم والترمذى وصححه ولانه آخر ما ينتهى به القتال لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فوجبت الدعوة اليه كما تجب الى الاسلام وهذا فى حق من تقبل منه الجزية كاهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم وأما من لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب فلا ندعوهم الى أداء الجزية لعدم الفائدة اذ لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون قال رحمه الله (فان قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا) أى ان قبلوا أداء الجزية لقول على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا ومراده بالبذل القبول وكذا بالاعطاء المذكور فى الآية لان العصمة تحصل لهم قبل أدائها بمجرد القبول قال رحمه الله (ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام) لما روينا ولانهم بالدعوة اليه يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سبى الذرارى وسلب الاموال فلعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهى عنه ولا يغرم لانهم غير معصومين بالدين أو الاحراز بالدار فصار كقتل من لا يقاتل منهم وقال الشافعى يضمنون والحجة عليه ما بينا قال رحمه الله (وندعو ندبا من بلغته) أى ندعو استحبابا من بلغته الدعوة مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لما روى عن البراء بن عازب أنه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رهطا من الانصار الى أبى رافع فدخل عبد الله بن عتيك بيته ليلا فقتله وهو نائم رواه أحمد والبخارى وقال فى المحيط قالوا تقديم الدعوة الى الاسلام على القتال كان فى ابتداء الاسلام حين لم ينتشر الاسلام ولم يستفض وأما بعد ما انتشر واستفاض وعرف كل مشرك الى ماذا ندعى يحل له القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا صحيح ظاهر والدليل عليه ما روى عن ابن عون أنه قال كتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك فى أول الاسلام وقد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية ابنة الحرث حتى حدثنى به عبد الله بن عمر وكان فى ذلك الجيش رواه أحمد ومسلم والبخارى وعن أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا غزا قوما لم يغر حتى يصبح فان سمع أذانا أمسك وان لم يسمع أغار بعد ما يصبح رواه أحمد والبخارى والاغارة لا تكون بعد الاعلام فاذا كان ذلك فى زمنه صلى الله عليه وسلم لاشتهار الاسلام فما ظنك فى زماننا وقد اشتهر وبلغ المشرق والمغرب فلا تجب الدعوة بعد علمهم بالعناد ولانهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون فلا يقدر عليهم قال رحمه الله (والا نستعين بالله تعالى ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم وافساد زروعهم ورميهم وان تترسوا ببعضنا ونقصدهم) أى ان لم يقبلوا الجزية نستعين بالله تعالى عليهم ونحاربهم بهذه الاشياء التى ذكرها وبكل ما يمكن فيه كسر شوكتهم والحاق الضرر بهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول فى وصية أمير الجيش فان هم أبوا فاسألهم الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان هم أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم رواه مسلم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به فى كل الامور ويقاتل بكل ما يمكن لما روى الترمذى أن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف

حتى نبعث رسولا لكن هذا فيما اذا لم تبلغهم الدعوة فاذا بلغتهم فلا حاجة الى تجديد الدعوة ألا ترى الى ما روى صاحب السنن ان نبى الله صلى الله عليه وسلم أغار على بنى المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى سبيهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث والافضل تكرار الدعوة وأما الامر بالكف عنهم ان أجابوا الى الاسلام فلقوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ولقوله تعالى فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين ولان المقصود من الجهاد اسلامهم وقد حصل اه اتقانى رحمه الله وسيجىء جميع هذه الحاشية فى المتن والشرح اه (قوله اذ لا يقبل منهم الا الاسلام) أى أو السيف اه (قوله بمجرد القبول) أى قبل وجود الاعطاء والبذل بالاجماع اه اتقانى (قوله فصار كقتل من لا يقاتل منهم) أى كالنسوان والصبيان اه (قوله وهم غارون) أى غافلون والغرة الغفلة اه ك (قوله وان لم يسمع أغار الخ) أغار على العدو هجم عليهم ديارهم وأوقع بهم اه مصباح (قوله وان تترسوا) يقال تترس بالترس اذا توقى به اه اتقانى

(قوله في الشعر مستطير) المستطير المنتشر اه (قوله اذا علم أن فيهم مسلما أو أنه يتلف بذلك لا يحل) أي وبه قالت الأئمة الثلاثة اه كاكي (قوله وان أصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة) فان قلت يرد عليكم على هذا قوله عليه الصلاة السلام ليس في الاسلام دم مفرج

وأحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بويرة وكان فيها نخل حتى قال الشاعر وهو حسان رضي الله عنه

وهان على سراة بني لؤي * حريق بالبويرة مستطير

وصح أنه عليه الصلاة والسلام قطع النخل وقال الله تعالى في ذلك ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله رواه أحمد والبخاري ومسلم ولان في ذلك كله الحاق الغيظ بهم وكبتهم وكسر شوكتهم وتفريق شملهم فيكون مشروعا وقد قال الله تعالى ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار وقوله ورميهم وان تترسوا ببعضنا وتقصدهم يعني نحاربهم برميهم وان تترسوا بالمسلمين ونقصدهم بالرمي دون المسلمين وقال الحسن ابن زياد اذا علم أن فيهم مسلما أو أنه يتلف بذلك لا يحل لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم من ذلك الوجه ونحن نقول أمرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى أدى الى سد باب الجهاد لان حصونهم ومدائنهم لا تخلو عن مسلم ولان في الرمي دفع الضرر العام بالحاق ضرر خاص فكان أولى ألا ترى أنه يجوز لنا أن نفعل بهم ذلك وان كان فيهم من لا يجوز لنا قتلهم كنسائهم وصبيانهم والرهبان والشيوخ ونقصد بالرمي الكفار لان التمييز بالنية ممكن وان لم يمكن فعلا والتكليف بحسب الطاقة وان أصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة وقال الشافعي تجب فيه الدية والكفارة لانه قتل مسلما خطأ فيجب موجبه ولان الاطلاق للضرورة لا ينافي الضمان كأكل مال الغير حالة المخمصة ولنا أن الجهاد فرض فلا تجامعه الغرامة كتعزير الامام وحده وكالبزاغ والفصاد لانه التزمه بعقد بخلاف ما ذكر لان أكل مال الغير حالة المخمصة ليس بفرض وانما هو رخصة حتى كان تركه أولى لكونه أخذا بالعزيمة وبخلاف المرور على الطريق وضرب الزوجة لانه مطلق له وليس بفرض عليه فكان مقيدا بشرط السلامة قال رحمه الله (ونهينا عن اخراج مصحف وامرأة في سرية يخاف عليها) لما فيه من تعريض المصحف على الاستخفاف وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو وقيل قارئ القرآن وذكر الطحاوي أن هذا النهي كان في ابتداء الاسلام حين كانت المصاحف والقراء قليلين فيخاف ذهاب شيء من القرآن ثم انتسخ ذلك حين كثرت المصاحف والقراء عن ظهر القلب والاول أصح وأحوط وكذا فيه تعريض المرأة على الضياع والفضائح فيكره اخراجها وان دخل اليهم بأمان فلا بأس بأن يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم الخيانة والجري على العادة وان كان العسكر عظيما فلا بأس باخراج العجائز للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة المرضى وغير ذلك لان الغالب فيه السلامة اذا كانت الشوكة لهم والغالب كالمتحقق ولا يباشرن القتال الا عند الضرورة لانه يستدل به على ضعفهم فيجترئ عليهم العدو وأما الشواب منهن فقرارهن في البيت أسلم والاولى أن لا يخرجوا النساء أصلا خوفا من الفتن وعار خزيهم أمر فاشتغلوا عنهن فلا يمكن من الدفع وان لم يكن لهم بد من الاخراج للمباضعة فالاماء دون الحرائر فان حكم اختلاط النساء بالرجال في حق الاماء أخف ألا ترى أنه لا بأس للامة أن تسافر بغير محرم وقضاء الشهوة وان دعه يحصل بها فلا حاجة الى الحرائر قال رحمه الله (وغدر وغلول) لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عنهما وكلاهما هو الخيانة الا أن الغلول في المغنم خاصة والغدر أعم قال رحمه الله (ومثلة) لما روي عن صفوان بن عسال قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سرية فقال سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا رواه أحمد وابن ماجه وفي شرح المختار المنهية بعد الظفر بهم ولا بأس بها قبله لانه أبلغ في كبتهم وأضر بهم وهذا حسن ونظيره الاحراق بالنار قال رحمه الله (وقتل امرأة

أي مهدر قلت لا نسلم لانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص المتنازع بما قلناه اه اتقاني رحمه الله وقال الحسن بن زياد عليه الدية والكفارة كذا ذكره القدوري في شرحه اه اتقاني (قوله فيجب موجبه) ولنا أنه عالم بالمرمي ولا خطأ مع العلم اه اتقاني (قوله فلا تجامعه الغرامة) أي ولان في ايجاب الضمان سد باب الجهاد فلا يجوز لان الناس اذا علموا أن فيه ضمانا يمتنعون عنه خوفا من الضمان اه اتقاني (قوله وانما هو رخصة) أي بل اذا صبر حتى مات كان مثابا اه كي (قوله في المتن في سرية) السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار ذكره في المبسوط اه (قوله يخاف عليها) في بعض النسخ عليهما بضمير المثنى وفي بعضها بالافراد على أنه راجع الى السرية وعلى النسخة الاولى يرجع الضمير الى المصحف والمرأة وكلاهما صحيح اه (قوله في المتن وغدر وغلول) في المحيط هذا بعد الظفر وإعطاء الامان أما قبل الامان فلا بأس به وكذا بالمثلة قبل الظفر أو الامان اه كي (قوله في المتن ومثلة) قال في المصباح مثلت بالقتيل مثلا من باب قتل وضرب اذا جدعته وظهر آثار فعلك عليه تنكيلا والتشديد مبالغة والمثلة وزان غرفة اه وفي المغرب ومثل به مثلة وذلك أن يقطع بعض أعضائه أو يسود وجهه اه

(قوله في المتن وشيخ فان) في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولو كان يقدر على الصياح يقتل لأنه بصياحه يحرضهم على القتال وكذا إذا كان قادرا على الإحبال لأنه يجيء منه الولد فيكثر

وغير مكلف وشيخ فان وأعمى ومقعد) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والصبيان رواه أحمد والبخاري ومسلم وجماعة أخر وعن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة الحديث رواه أبو داود ولأن الآدمي خلق معصوم الدم ليمكنه تحمل أعباء التكاليف وإباحة القتل عارض بحرابه لدفع شره ولا يتحقق منهم الحراب فبقوا على أصل العصمة وعلى هذا الرهبان الذين لا يقاتلون والمقطوع إحدى يديه وإحدى رجليه أو اليمنى والشافعي يخالف في الشيخ والمقعد والأعمى لأن القتل عنده جزاء الكفر وقد تحقق قلنا الدنيا دار التكليف وليست بدار الجزاء وإنما أوجب في مقارفة بعض الجنايات في الدنيا لتنتظم مصالح العباد لأن السفهاء لا ينتهون بمجرد الوعيد قال رحمه الله (إلا أن يكون أحدهم ذا رأي في الحرب أو ملكا) فحينئذ يقتل لأن في قتله كسر شوكتهم وإزالة ضررهم عن المسلمين وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وستين سنة لأنه كان صاحب رأي وهو أعمى فإذا كان يجوز قتل صبيان المشركين لمصلحة المسلمين فقتل شيوخهم أولى إذا كان فيه مصلحة بأن كان ملكا وإن لم يكن فيه مصلحة لا يقتل إلا إذا قاتل فيقتل دفعا وكذا المجنون لا يقتل ما دام يقاتل وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر إذا كان قد قاتل لأنه من أهل العقوبة في الجملة لتوجه الخطاب عليه وإن كان المجنون يفيق في بعض الأوقات فهو في حال إفاقته كالصحيح فيقتل قاتل أو لم يقاتل قال رحمه الله (وقتل أب مشرك) لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وليست البداءة بالقتل من المعروف ولأنه سبب لإحيائه فلا يكون هو سببا لإفنائه قال رحمه الله (وليأب الابن ليقتله غيره) يعني إذا أدركه في الصف أو غيره لا يقتله بل يمتنع عنه حتى يقتله غيره لقوله عليه الصلاة والسلام لحنظلة حين استأذنه لقتل أبيه دعه يقتله غيرك ولأن المقصود يحصل بغيره من غير ارتكابه المحظور وإن لم يكن ثم من يقتله لا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه إلى مكان يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله وإن قصد الأب قتله ولم يمكنه دفعه إلا بقتله فلا بأس بقتله لأن هذا دفع عن نفسه وإيثار لحياته وهو له أن يدفع أباه المسلم بالقتل إذا قصد الأب قتله فالكافر أولى وكذا له أن يؤثر حياته ألا ترى أنه لو كان للابن ماء يكفي أحدهما فللابن أن يشربه وإن كان الأب يموت عطشا ولهذا يحبس الأب بنفقة ولده دون دينه لأنه يمنع النفقة قصد إتلافه فكان الحبس فيه من باب دفع الهلاك ومع هذا لو قتله لا يجب عليه شيء لعدم العاصم وقد قال عمير بن مالك قال رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقيت أبي في العدو فسمعت منه مقالة لك فقتلته فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان فيه شيء لبينه إذ هو موضع الحاجة وأجداده وجداته من قبل الأب والأم كأبويه حتى لا يبتدئهم بالقتل ولا يكره قتل أخيه وخاله وعمه المشركين لأنهم ليسوا كالأصول ألا ترى أنه لا تجب عليه نفقتهم مع اختلاف الدين بخلاف أخيه الباغي حيث لا يجوز له قتله لأنه يجب إحياؤه بالاتفاق عليه لاتحاد الدين فكذا بترك القتل وكذلك يجوز له قتل ابنه الكافر لأنه لا يجب عليه إحياؤه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه المحارب قال رحمه الله (ويصالحهم ولو بمال إن خيرا) أي يصالح الإمام أهل الحرب إن كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها أي مالوا للصلح وصالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عشر سنين على أن يضعوا الحرب بينهم وكان في ذلك نظر للمسلمين لمواطأة كانت بينهم وبين أهل خيبر ولأن الصلح جهاد في المعنى إذا كان فيه مصلحة إذ المقصود من الجهاد دفع الشر ولا يقتصر الحكم على المدة المذكورة بل يجوز أكثر من ذلك إذا تعين فيه

محارب المسلمين اهـ دراية (قوله أعباء) العبء بالكسر الحمل والجمع الأعباء قاله الجوهري اهـ (قوله وعلى هذا الرهبان) وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس وإذا خالطوا يقتلون كالقسيس وغيره وكذلك الراهب إن دل على عورة المسلمين يجوز قتله اهـ إتقاني (قوله قتل دريد بن الصمة) أي يوم حنين وكانوا استحضروه ليدبر لهم اهـ كي وقال الإتقاني يوم أوطاس اهـ (قوله فإذا كان يجوز قتل صبيان المشركين) الذي بخط الشارح فإذا كان يجوز قتل صبيان المسلمين لمصلحة المسلمين فقتل صبيانهم أولى اهـ (قوله بأن كان ملكا) أي الصغير للكفار اهـ (قوله وصاحبهما في الدنيا معروفا) وفي السير الكبير المراد الأبوان المشركان بدليل قوله تعالى وإن جاهداك على أن تشرك بي اهـ كي (قوله في المتن وليأب) كذا بخط الشارح اهـ (قوله وإن كان الأب يموت عطشا) رجل وابنه في الصحراء أو في مفازة ومعهما من الماء قدر ما يكفي لأحدهما من أحق بالماء فالابن أحق بالماء لأن الأب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقي أباه ومتى سقى أباه مات من العطش فيكون هذا إعانة على قتل نفسه وإن شرب هو لم يعن الأب على قتل نفسه وصار كرجل قتل نفسه وآخر قتل غيره فقاتل نفسه أعظم إثما اهـ ولوالجي في الكراهية اهـ (قوله في المتن ويصالحهم الخ) ترجم الشيخ الشلبي هنا باب الموادعة ومن يجوز أمانه اهـ وقال إنما سميت المصالحة موادعة لما فيها من ترك القتال والودع الترك اهـ من خطه

الخيرية لاطلاق النص بخلاف ما اذا لم يكن فيه خير حيث لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون ولانه لما لم يحصل فيه دفع شرهم كان الصلح تركا للجهاد صورة ومعنى وهو فرض فلا يجوز تركه من غير عذر وقوله ولو بمال أى بمال يأخذه المسلمون منهم لانه اذا جاز بغير مال فبالمال أولى اذا كان بالمسلمين حاجة لما بينا انه جهاد في المعنى وان لم يكن لهم اليه حاجة لا يجوز لانه ترك الجهاد صورة ومعنى والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين كالجزية الا اذا نزلوا بدارهم للحرب فحينئذ يكون غنيمة لكونه مأخوذا بالقهر وحكمه معروف ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال يأخذونه من المسلمين لا يفعل الامام ذلك لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بالمسلمين وفي الخبر ليس للمؤمن أن يذل نفسه الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك بأى طريق أمكن واجب وأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب أن يصرفهم عن المسلمين بثلث ثمار المدينة كل سنة فقال سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضى الله عنهما يا رسول الله ان كان هذا عن وحى فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطعمون من ثمار المدينة الا شراء أو قرى فاذا أعزنا الله تعالى بالاسلام وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه الصلاة والسلام انى رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فأنتم وذاك وسر عليه السلام بذلك فقال اذهبوا لا نعطيكم الا السيف وميلانه عليه الصلاة والسلام في الابتداء دليل على أنه يجوز عند خوف الهلاك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى المؤلفة قلوبهم لدفع ضررهم وكل ذلك جهاد معنى قال رحمه الله (ونبذ لو خيرا) معناه لو صالحهم الامام ثم رأى نقض الصلح أصلح نبذ اليهم وقاتلهم لان المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا صورة ومعنى وابقاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ اليهم لقوله تعالى فانبذ اليهم على سواء ولان الغدر به ينتفى فكان واجبا ونبذ عليه الصلاة والسلام الى أهل مكة ويكون النبذ على الوجه الذى كان الامان فان كان منتشرا يجب أن يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بان أمنهم واحد من المسلمين سرا يكتفى بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس الاذن بالحجر فان الحجر يكون على الوجه الذى كان الاذن فيه من الجهر والسر ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضى عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته وان كانوا خرجوا من حصونهم وتفرقوا في البلاد وفي عساكر المسلمين أو خربوا حصونهم بسبب الامان فحتى يعودوا كلهم الى مأمنهم ويعمروا حصونهم مثل ما كانت توقيا عن الغدر هذا اذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبل مضى المدة وأما اذا مضت المدة يبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ اليهم ولو كانت الموادعة على جعل فنقضه قبل مضى المدة رده عليهم بحصته لانه مقابل بالامان في المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الامان فيه قال رحمه الله (ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم) لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم فلا يتصور نقضه بعد ذلك وكذا اذا دخل دار الاسلام جماعة منهم لهم منعة باذن ملكهم وقاتلوا المسلمين علانية لما ذكرنا وان كان دخولهم بغير اذن ملكهم انتقض العهد في حقهم لا غير حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم لانهم استبدوا بأنفسهم فينتقض العهد في حقهم ولا ينتقض في حق غيرهم لان فعلهم لا يلزم غيرهم وان لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد قال رحمه الله (والمرتدين بلا مال) أى نصالح المرتدين بلا أخذ مال منهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير القتال طمعا فيه اذا كان في التأخير مصلحة للمسلمين كما في أهل الحرب وانما لم يؤخذ منهم المال لانه يشبه الجزية لان كلا منهما ترك القتال بالمال غير أن الجزية مؤبدة وهذا موقت وهم لا تقبل منهم الجزية فكذا هذا قال رحمه الله (فان أخذ لم يرد) أى ان أخذ المال منهم على الصلح لا يرده عليهم لان أموالهم غير معصومة فجاز أخذها ابتداء بغير رضاهم وعلى هذا اذا طلب أهل البغى الموادعة أجيبوا اليها ان كان فيه مصلحة لاهل العدل ولا يؤخذ منهم شئ لانه لا يجوز وضع الجزية عليهم وأموالهم معصومة قال رحمه الله

(قوله حيث لا يجوز) الذى بخط الشارح حتى لا يجوز اه (قوله الدنية) أى النقيصة اه الخ (قوله سعد بن معاذ) هو سيد الاوس اه (قوله وسعد ابن عبادة) هو سيد الخزرج اه (قوله في المتن نبذ اليهم) أى بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد اه

(ولم)

(ولم نبع سلاحا منهم) أى من أهل الحرب لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولان فيه تقوية لهم فيحرم وكذا الكراع والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب لان الحديد أصل السلاح وكذا بعد الصلح لانه على شرف النقض أو الانقضاء وكذا الرقيق لانهم يتوالدون عندهم فيعودون حربا علينا ولا فرق بين أن يكون مسلما أو كافرا لما ذكرنا ثم ما يمنع المسلم يمنع المستأمن منهم أيضا أن يدخل به دارهم لما ذكرنا وان خرج هو بشئ مما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به الا اذا أسلم العبد وان بادل شيأ مما ذكرنا بجنسه لا يمنع من الدخول به الا اذا كان خيرا منه وان باعه بدراهم ثم اشترى غيره يمنع مطلقا ولا يمنع من ادخال الطعام والقماش والقياس أن يمنع لان فيه تقويتهم الا أنا تركناه بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة قال رحمه الله (ولم نقتل من أمنه حر أو حرة) لان أمان واحد حر من المسلمين كافرا واحدا أو جماعة صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم رواه أحمد الذمة العهدة وأدناهم أى أقلهم عددا وهو الواحد فانه يتولى العهد المؤبد والمؤقت وقال عليه السلام ان المرأة لتأخذ للقوم أى تجير رواه أحمد والترمذى وقال حديث حسن غريب وأجاز عليه الصلاة والسلام أمان أم هانئ رجلا من المشركين يوم فتح مكة فيما رواه مسلم والبخارى وأحمد ولان الواحد من أهل القتال بنفسه وماله أو بماله من أهل منعة الاسلام فيخافونه فينفذ أمانه فى حقه لولايته على نفسه ثم يتعدى الى غيره ضرورة عدم التجزى لكون سببه لا يتجزأ وهو الاسلام فصار كولاية التزويج بيان أنه لا يتجزأ أن العصمة من القتل وحرمة الاسترقاق والاستغنام لا يتصور أن يثبت فى بعض شخص دون بعضه وما لا يتجزأ لا يثبت الا كاملا فيثبت فى الكل فى حق الكل لانه لمصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل لتعذر اجتماع الكل وشرط أن يكون العاقد حرا لان الرقيق ليس من أهل الجهاد فلا يخافه فلم يحصل له الامن منه حتى يتعدى الى غيره قال رحمه الله (ونبذ لو شرا) أى نبذ الامام أمان الواحد اذا كان شرا رعاية لمصالح المسلمين واحترازا عن الغدر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به رواه أحمد والبخارى ومسلم ويؤدبه الامام لانفراده برأيه بخلاف ما اذا كان فيه مصلحة لانه ربما يفوت بالتأخير فيعذر قال رحمه الله (وبطل أمان ذمى) لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلم ولم يوجد منه سبب الامان أيضا وهو الايمان الا اذا أمره أمير العسكر أن يؤمنهم فيجوز أمانه لزوال ذلك المعنى برأى المسلم قال رحمه الله (وأسير وتاجر) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولو جاز مثل هذا لتحصنوا بأمانه كلما اشتد عليهم الامر فيؤدى الى سد باب الفتح وكذا أمان المسلم الذى أسلم فى دارهم ولم يهاجر الينا وكذا لو دخل مسلم فى عسكر أهل الحرب فى دار الاسلام وأمنهم لا يصح أمانه لانه مقهور بمنعتهم فلا يصح الا اذا أمنهم من يقاومهم بخلاف ما اذا أمن عشرين أو نحوهم فى دار الاسلام حيث يجوز أمانه لان الواحد وان كان مقهورا باعتبار نفسه حيث لا يقاومهم لكنه قاهر ممتنع بقوة المسلمين اذ هم لا يمتنعون عن جماعة المسلمين فكان قاهرا لهم حكما بخلاف الجيش فانهم ممتنعون فلا يكونون فى قهره حقيقة ولا حكما ألا ترى أن قوما من أهل الحرب لو دخلوا دارنا بغير أمان كانوا فيأ ولو دخل جند عظيم منهم فقاتلهم قوم من المسلمين حتى قهروهم كانوا لهم خاصة لعدم صيرورتهم مقهورين بحصولهم فى دار الاسلام وعلى هذا التفصيل لو أخرجهم واحد من دار الحرب الى دار الاسلام أو فى دار الحرب الى عسكر المسلمين لانهم يخرجون بشوكتهم اذا كانوا جندا عظيما والا فبالامان فلا يجوز غدرهم قال رحمه الله (وعبد محجور عن القتال) أى لا يجوز أمان عبد محجور عليه عن القتال وقال محمد والشافعى يجوز أمانه وأبو يوسف مع محمد فيما ذكره الكرخى ومع أبى حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوى لمحمد والشافعى ما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم أى أدناهم حالا وهو العبد ولانه مؤمن من أهل

(قوله فى المتن ولم نبع سلاحا منهم) أى ولا نبعث التجار اليهم اه الخ (قوله وكذا الكراع) يعنى الخيل اه (قوله يمير) يقال مار أهله أى أتاهم بالطعام اه الخ (قوله أقلهم عددا) وانما فسر الادنى بالاقل احترازا عن تفسير محمد الآتى اذ عنده المراد بادناهم أدناهم حالا وهو العبد لانه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين اه (قوله أو فى دار الحرب) كذا بخط الشارح اه (قوله واحد) كذا بخط الشارح وتقدم الحديث بلفظ واحدة اه

(قوله كن) في خط الشارح بالكاف وصوابه كما في الكافي باللام اه

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾

انما ذكر الغنائم بعد ذكر الامان لان الامام اذا حاصر الكفار إما أن يقتلهم ويغنم أموالهم فكانت الغنيمة وقسمتها أحد ما يختاره الامام ثم الغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة والفيء ما أخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية وفي الغنيمة خمس دون الفيء اه اتقاني (قوله في المتن ما فتح الامام عنوة) قال في الهداية واذا فتح الامام بلدة عنوة أي قهرا قال الاتقاني قوله عنوة أي قهرا ليس بتفسير له لغة

لان العنوة من عنا يعنو اذا ذل وخضع الا أنه أراد القهر بطريق الكناية لان القهر يستلزم الذل وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية اه وقال الكمال وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لانه من عنا يعنو عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوي عنوة أي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا في ألفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الاخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجاز لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة ككثير الرماد ولو أراد به نفس الجود كان مجازا من السبب في المسبب والوجه أنه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا اه (قوله ان شاء قسمها بين الغانمين) أي مع رؤس أهلها استرقاقا وأموالهم اه فتح (قوله وان شاء أقر أهلها) أي من بها على أهلها وتركهم احرار الاصل ذمة للمسلمين والاراضي مملوكة لهم وجعل الجزية عليهم والخراج على أراضيهم اه كافي (قوله ولم يجد من خالفه من الصحابة) مثل بلال وسلمان وأبي هريرة اه (قوله بيانا) البيان بموحدة مفتوحة ثم موحدة مشددة ثم ألف ونون أي أتركهم شيأ واحدا لانه اذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر الغنيمة ومن يجيء بعد من المسلمين بغير شيء منها فلذلك تركها لتكون بينهم جميعا اه نهاية (قوله لانه لا يردبه) الذي بخط الشارح فيه اه (قوله قدر ما يتهيأ لهم به العمل) أي ليخرج عن حد الكراهة اه اتقاني (قوله وقال الشافعي لا يجوز المن عليهم بالاراضي) أي في المفتوح قهرا والمن بالمنقول لا يجوز بالاتفاق اه اتقاني (قوله لانهم ملكوها بالاستيلاء) أي عنده اه

للقتال فيخافونه فيكون أهلا للامان كالمأذون له في القتال وهذا لان الاذن تأثيره في دفع المانع لا في اثبات الاهلية لمن ليس بأهل وأهلية هذا التصرف بالايمان والامتناع ولهذا لو عقد معهم عقد الذمة جاز لما قلنا فكذا هذا بل أولى لان هذا ليس للتأبيد فيمكن نقضه عند ظهور الخلل فيه وابطال القتال لما فيه من تعطيل مصالحه على المولى ولا تعطيل في الكلام المجرد بل فيه نفع يعود الى المولى وغيره من المسلمين اذ الكلام فيه في مثل هذه الحالة ولابي حنيفة رحمه الله أن الامان جهاد معنى على ما ذكرنا وهو محجور عليه عنه فيكون محجورا عليه عن الامان بالضرورة وتحقيقه أن الامان ازالة الخوف ومن لم يباشر القتال لا يخافونه فكيف يصح أمانه ولانه نوع جهاد فلا يملك الامن بالاشتراك فيه طاهرا فيمتنع كيلا ينسد عليهم باب الفتح بخلاف العبد المأذون له بالقتال لانه عالم بوجوه القتال ويخافونه لمباشرته القتال وبخلاف المرأة لانها من أهل الجهاد بمالها وكذا بنفسها حتى تخرج لتعمل عملا يليق بها وذلك جهاد منها فيحصل الخوف منها وبخلاف عقد الذمة لانه خلف عن الاسلام وهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية فيكون نفعه ظاهرا ولانه فرض عليهم عند طلبهم ذلك واسقاط الفرض نفع محض فافترقا ولو أمن صبي لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عليه فعلى الخلاف وان كان مأذونا له في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق ومختلط العقل الذي يعقل الاسلام ويصفه بمنزلة الصبي الذي يعقل فيما ذكرنا

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾

قال رحمه الله (ما فتح الامام عنوة قسم بيننا أو أقر أهلها ووضع الجزية والخراج) يعني اذا فتح الامام بلدة قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين الغانمين يعني بعد اخراج الخمس كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء أقر أهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم يجد من خالفه من الصحابة وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين وقال عمر رضي الله عنه أما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس بيانا ليس لهم من شيء ما فتحت على قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ولكني أتركها خزانة لهم يقتسمونها رواه البخاري وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة للنوائب وهذا في العقار وأما المنقول وحده فلا يجوز المن به عليهم لانه لم يرد فيه الشرع ولانه لا يدوم بل ينقطع والجواز باعتبار الدوام نظرا لهم ولمن يجيء بعدهم ولهذا لا يجوز بالرقاب وحده دون الارض لانه ينقطع بالموت والاسلام وانما يجوز تبعا للاراضي كيلا يشتغلوا بالزراعة عن الجهاد ثم اذا من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقول قدر ما يتهيأ لهم به العمل لان عمر رضي الله عنه ترك لهم ذلك وهو القدوة في الباب ولان منفعة الارض بالزراعة وهم لا يقدرون على الزراعة الا بآلتها ولا يمكن الانتفاع بها بدون الآلة وقال الشافعي لا يجوز المن عليهم بالاراضي بل يقسمها بين الغانمين لانهم ملكوها بالاستيلاء

(قوله أو حقهم عنها) أي عندنا اهـ (قوله وأجارت أم هانئ) الذي بخط الشارح وأجرت أم هانئ اهـ (قوله لانهم كالأكرة) جمع أكار وهم الفلاحون اهـ (قوله ان شاء قتلهم) أي قبل اسلامهم اهـ كاكي (قوله الامشركي العرب والمرتدين) أي فانه لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف اهـ (قوله وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين) أي ولا يجوز أن يردهم الى دار الحرب والحاصل أن للامام في الرقاب ثلاث خيارات القتل والاسترقاق وجعلهم أهل الذمة على الجزية لكن القتل انما يجوز قبل الاسلام فاذا أسلموا فلا قتل اهـ اتقاني (قوله وليس له فيمن أسلم منهم الا الاسترقاق) بخلاف ما اذا أسلم قبل الاستيلاء حيث لا يجوز الاسترقاق لانه صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد

فلا يجوز ابطال ملكهم أو حقهم عنها الا ببدل يعدله والخراج لا يعدله لقلته بخلاف المن على الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم بالقتل أصلا فبالعوض القليل أولى وهذا لان الآدمي حر بأصل الخلقة والرق عارض بمشيئة الامام بعد الاسر فله أن يتركهم على أصل الحرية ولنا ما رويناه من اجماع الصحابة رضي الله عنهم وفتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة عنوة ومن بها على أهلها ولم يقسمها بين الغانمين والدليل على انها افتتحت عنوة قول أبي هريرة فانطلقنا وما يشاء أحد منا أن يقتل منهم ما شاء الا قتله فقال عليه الصلاة والسلام لما اشتد عليهم القتل من أغلق بابه فهو آمن ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن كل ذلك رواه أحمد ومسلم وأجارت أم هانئ رجلا فأراد علي قتله فمنعته فأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ رواه أحمد والبخاري ومسلم ولو كان فتحها بالصلح لحصل الامان بذلك لا بما ذكرنا ولان فيه نظرا لهم ولمن يجيء من بعدهم لانهم كالأكرة العاملة لهم العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة عنهم والخراج وان قل في الحال فهو أكثر في المآل فالقليل الدائم خير من الكثير المنقطع قال رحمه الله (وقتل الاسرى أو استرق أو ترك احرارا ذمة لنا) معناه ان الامام بالخيار في الاسارى ان شاء قتلهم كما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بني قريظة فانه قتل مقاتلهم واسترق ذراريهم وفيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه توفير المنفعة للمسلمين مع دفع شرهم وقد انعقد الاجماع على جوازه الا مشركي العرب والمرتدين لما عرف في موضعه وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين كما فعل عمر رضي الله عنه على ما بينا وشرهم قد اندفع بذلك مع توفير المنفعة لهم لانه كالاسترقاق الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى وليس له فيمن أسلم منهم الا الاسترقاق لان قتله أو وضع الجزية عليه بعد اسلامه لا يجوز قال رحمه الله (وحرم ردهم الى دار الحرب والفداء والمن) لان في ذلك كله تقويتهم على المسلمين وعودهم حربا عليهم ودفع شرهم خير من انقاذ الاسير المسلم لان بقاءه في أيديهم غير مضاف الينا وتقويتهم بدفع أسيرهم مضاف الينا فيحرم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا بأس بان يفادى بهم أسارى المسلمين وهو قول محمد لان تخليص المسلم من أيديهم واجب ولا يتوصل اليه الا به وليس فيه أكثر من ترك قتل أسرى الكفار وذلك جائز بدون هذا ألا ترى أن للامام أن يتركهم ويضع عليهم الجزية على ما بينا ومنفعة تخليص المسلم أولى من استرقاقهم أو جعلهم ذمة وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام فادى بهم اسرى المسلمين وذكر في السير الكبير أن هذا هو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها لان الثابت بعد القسمة حقيقة الملك فلا يجوز ابطاله بدون رضاه بعوض كسائر المعاوضات بخلاف ما قبلها لانه لم يثبت فيه حقيقة الملك وانما الثابت فيه حق الملك فلا يمنع الامام من التصرف فيه ولو أسلم الاسير لا يفادى به لعدم الفائدة الا اذا طابت به نفسه وهو مأمون عليه وأما المفاداة بالمال فلا تجوز عند عدم الحاجة الى المال وان احتاجوا اليه جاز وقال الشافعي تجوز مطلقا وكذا مفاداة

سبب الملك وهو الاستيلاء والأخذ اهـ اتقاني (قوله في المتن والمن) أي بان أنعم عليهم من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل اهـ كي وكتب ما نصه وهو أن يطلقهم الى دار الحرب بغير شيء خلافا للشافعي رضي الله عنه اذا رأى الامام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد اهـ (قوله لان بقاءه في أيديهم) أي وهو بلاء في حقه فقط والضرر بدفع أسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين اهـ فتح (قوله وعن أبي حنيفة أنه لا بأس الخ) قال الكمال وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يفادى بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد الا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم اهـ (قوله وقال أبو يوسف يجوز ذلك) أي الفداء اهـ (قوله قبل القسمة لا بعدها) أي وعند محمد يجوز بكل حال اهـ فتح (قوله وأما المفاداة بالمال) أي بمال يأخذه من أهل الحرب اهـ قال

 الاتقاني أما المفاداة بالمال فهل تجوز فالمشهور عن أصحابنا لا تجوز كيلا يعود حربا علينا يؤيده قوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو نزل العذاب ما نجا منه الا عمر لان عمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل وقال تعالى وان يأتوكم أسارى تفادوهم وهو محرم عليكم اخراجهم فدل أنه حرام روى عن محمد في السير الكبير لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة لان النبي صلى الله عليه وسلم فادى أسارى بدر بمال أخذه وهذا استدلال عجيب مع نزول الآية بالانكار على المفاداة قال في شرح الطحاوي ويفادى أسارى المسلمين الذين في دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة للحرب كالثياب وغيرها ولا يفادى بالسلاح اهـ (قوله فلا تجوز) أي في المشهور من المذهب اهـ كافي

اسراهم باسرى المسلمين تجوز عنده لقوله تعالى فشدوا الوثاق فاما منا بعد وإما فداء وأخذ عليه الصلاة والسلام من المشركين يوم بدر المال فداء عن أنفسهم قلنا نسخ ذلك كله بآية السيف لان المن والفداء مذكور فى سورة محمد وهى مكية وآية السيف فى سورة براءة وهى آخر سورة نزلت وعوتب عليه الصلاة والسلام على الاخذ يوم بدر بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق الآية فجلس عليه الصلاة والسلام هو وأبو بكر يبكيان وقال عليه الصلاة والسلام لو نزل من السماء عذاب لما نجا الا عمر وكان قد قال بقتلهم دون أخذ الفداء منهم قال رحمه الله (وعقر مواش شق اخراجها فتذبح وتحرق) يعنى يحرم عقر المواشى فى دار الحرب اذا تعذر اخراجها الى دار الاسلام بل تذبح وتحرق وقال الشافعى رحمه الله تترك فى دار الحرب لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكله ولنا أن ذبح الانعام يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكتهم وإلحاق الغيظ بهم ثم تحرق كيلا ينتفعوا باللحم كما تخرب بيوتهم وتقطع أشجارهم وتقلع زروعهم ولا تحرق قبل الذبح لانه منهى عنه ولا تعقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة وما لا يحترق منها يدفن فى مكان لا يقفون عليه كيلا ينتفعوا به وان تعذر عليهم نقل السبى يقتل الرجال منهم وتخلى الذرارى فى مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا كيلا يعود ضررهم علينا بالتوالد قال رحمه الله (وقسمة الغنيمة فى دارهم لا للايداع) أى حرم قسمة الغنيمة فى دار الحرب لغير الايداع وقال الشافعى تجوز قسمتها فى دار الحرب بعد استقرار الهزيمة وهذا بناء على أن الملك لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل مسائل منها اذا لحقهم مدد قبل الاحراز بالدار لا يشاركونهم عنده وعندنا يشاركونهم ومنها أن واحدا من الغانمين لو وطئ أمة من السبى فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت أم ولد له وعندنا لا يثبت لفقد الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز بيعه فعنده يجوز وعندنا لا ومنها ما اذا مات واحد قبل الاحراز بالدار يورث نصيبه عنده وعندنا لا يورث ومنها ما لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن ومنها ما لو قسم الامام الغنيمة

(قوله وأخذ عليه الصلاة والسلام من المشركين يوم بدر المال فداء) أى فانه عليه الصلاة والسلام فادى أسارى بدر بالمال والفداء كان أربعة آلاف درهم اه كاكى (قوله قلنا نسخ ذلك كله بآية السيف) قال تعالى ما كان لنبى أن تكون له أسرى حتى يثخن فى الارض الى قوله لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم (قوله وهى آخر سورة نزلت) أى فى هذا الشأن اه فتح (قوله فى المتن وعقر مواش) المواشى جمع ماشية وهى الابل والبقر والغنم اه (قوله الا لمأكلة) بضم الكاف وفتحها بمعنى الاكل اه اتقانى وكتب ما نصه المأكلة مصدر كالاكل اه كى وكتب أيضا ما نصه هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام اه فتح (قوله لانه منهى عنه) أى لما روى فى السنن عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعذب بالنار الا رب النار اه اتقانى (قوله وما لا يحترق منها) أى بان كان من الحديد اه اتقانى (قوله وتخلى الذرارى فى مضيعة الخ) قال الكمال رحمه الله وما فى فتاوى الولوالجى تترك النساء والصبيان فى أرض غامرة أى خربة حتى يموتوا جوعا كى لا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن (٢٥٠) النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو أشد من القتل الذى نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم فى النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبى صلى الله عليه وسلم بالاسرى خيرا اه (قوله وعنده يثبت) قال الكمال واعلم ان حقيقة مذهبه ان الملك يثبت للغانم باحد أمرين إما بالقسم حيثما كانت أو باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم فى دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك أحد بل يتأكد ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجرى فيه ما عرف فى عتق الشريك ونخرج الفروع المختلفة على هذا اه (قوله لو وطئ أمة من السبى) أى فى دار الحرب اه فتح (قوله يثبت نسبه عنده) أى لا لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها والا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحبل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يحد لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة عندنا ولو تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك فى المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأى الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات لعرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها فانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق قالوا والقليل اذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى قال فى المبسوط والاولى ان لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام اه (قوله ويجب العقر) أى ولا يجب الحد لوجود سبب الملك اه اتقانى (قوله ومنها جواز بيعه) أى بيع الامام شيأ من الغنيمة اه (قوله ومنها ما اذا مات واحد) أى من الغزاة أو قتل اه (قوله ومنها ما لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة) أى قبل الاحراز لا يضمن اه

لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا وعنده يصح له أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر فيها وغنائم بنى المصطلق فيها ولان سبب الملك قد تم وهو الاستيلاء على مباح فيترتب عليه موجبه كالاصطياد والاحتطاب ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب والقسمة فيها معنى البيع لاشتمالها على المبادلة معنى والبيع أيضا على الخلاف فيكون حجة عليه فيه وفى القسمة دلالة ولان فيه قطع حق المدد فلا يشرع كيلا يتقاعدوا عن الغوث ولان الاستيلاء يكون باثبات اليد والنقل ولم يوجد النقل لقدرتهم على الاستنقاذ ظاهرا اذ القوة لهم فى دارهم فصار كما لو قسم قبل الهزيمة أو قبل استقرارها وما روى محمول على أنه عليه الصلاة والسلام فتح تلك البلاد وصارت دار الاسلام ولا خلاف فيه وانما الخلاف فيما اذا لم تصر دار الاسلام ثم هى لا تجوز عندهما وعند محمد تكره كراهية تنزيه وعند الشافعى لا تكره فتترتب الاحكام عليها عندهما وعندنا لا تترتب وقيل جاز بالاتفاق لانه فصل مجتهد فيه وقد أمضاه وقيل اذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق وان قسم لا عن اجتهاد فهو موضع الخلاف وقوله لا للايداع دليل على أن القسمة للايداع جائزة وصورتها أن لا يكون للامام من بيت المال حمولة يحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيها فان أبوا أن يحملوها أجبرهم على ذلك بأجر المثل فى رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحمل ضرر خاص كما لو استأجر دابة شهرا فمضت المدة فى المفازة أو استأجر سفينة فمضت المدة فى وسط البحر فانه ينعقد اليها اجارة أخرى بأجر المثل ولا يجبرهم فى رواية السير الصغير لانه لا يجبر على عقد الاجارة ابتداء كما اذا نفقت دابته فى المفازة ومع رفيقه دابة لا يجبر على الاجارة بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو أسهل منه ولو كان فى بيت المال أو فى الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل مالهم قال رحمه الله (و بيعها قبلها) أى حرم بيع الغنائم قبل القسمة لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبتاع مغنما حتى يقسم ولا أن يلبس ثوبا من فىء المسلمين حتى اذا أخلقه رده فيه ولا أن يركب دابة من فىء المسلمين حتى اذا أعجفها ردها رواه أحمد وأبو داود ولانه قبل الاحراز بالدار لم علكه على ما بينا وبعد الاحراز بها نصيبه مجهول فلا يمكنه أن يبيع قال رحمه الله (وشرك الردء والمدد فيها) أى فى الغنيمة أما الردء فلتحقق سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد القتال وهى السبب عندنا لا حقيقة القتال ولهذا يعتبر كونه فارسا أو راجلا عندنا وعند الشافعى شهود الوقعة وقد تحقق وأما المدد فلان سبب الملك هو القهر وتمام القهر بالاحراز بالدار وقد شاركهم فى هذا المعنى لانه بالمدد ينقطع طمعهم فى الاستنقاذ وفيه تحريض المؤمنين على الامداد والتعاون على قهر العدو والتلاحق وقد قال الله تعالى حرض المؤمنين على القتال وفى عكسه عكسه من التقاعد وعدم التناصر فيؤدى الى خذلانهم فلا يجوز وفيه خلاف الشافعى اذا لحقوهم بعد انقضاء القتال وتقرر الهزيمة بناء على أصله أن الغنيمة تملك بالاخذ واستقرار الهزيمة وعندنا تملك بأحد أمور ثلاثة بالاحراز بالدار على ماذكرنا لوجود الاستيلاء فيها صورة ومعنى أو بالقسمة وهو كمن الاحراز لانه يحصل به الملك الخاص أو بالبيع لان جوازه يعتمد ملكا مستقرا فالحكم به حكم باستقراره قال رحمه الله (لا السوقى بلا قتال) أى لا يستحق أهل سوق العسكر من الغنيمة الا أن يقاتلوا وفى قول للشافعى يسهم لهم لانهم شهدوا الوقعة وقال عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان الجهاد قد وجد منهم معنى بتكثير السواد فصاروا كالمقاتلين ولنا أن سبب الاستحقاق المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة لا اعزاز الدين وإرهاب العدو فان قاتلوا استحقوا السهم لانهم بالمباشرة ظهر أن قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر فى طريق الحج لا ينقص أجره وما رواه موقوف على ابن عمر رضى الله عنهما أو هو

(قوله وغنائم بنى المصطلق) أى وأوطاس اه اتقانى (قوله فيكون حجة عليه) أى الحديث حجة على الشافعى أيضا فى تجويزه البيع ثمة اه (قوله حمولة) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره اه فتح (قوله أجبرهم على ذلك بأجر المثل) أى والاجرة من الغنيمة اه فتح (قوله ولا يجبرهم فى رواية السير الصغير) قال الكمال والاوجه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمة فى دار الحرب فانه يصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة اه (قوله حرم بيع الغنائم) قال الكمال وهذا فى بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوى أنه يصح لانه مجتهد فيه يعنى انه لا بد أن يكون الامام رأى المصلحة فى ذلك وأقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد فى المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا اه (قوله قبل القسمة) أى فى دار الحرب اه هداية (قوله فى المتن وشرك الردء) أى وهو المعين قال فى الهداية والردء والمقاتل قال الكمال وكذا أمير العسكر سواء فى الغنيمة لا يتميز واحد عن آخر بشئ وهذا بلا خلاف لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق اه (قوله أو بالقسمة) أى بدار الحرب اه (قوله أو بالبيع) أى بيع الامام الغنيمة اه (قوله لا يستحق أهل سوق العسكر من الغنيمة) أى لا سهم ولا رضخ اه فتح (قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة) الوقعة هى القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب اه فتح (قوله فان قاتلوا استحقوا السهم) وبه قال مالك وأحمد وللشافعى قولان أحدهما كقولنا والآخر يسهم لهم اه فتح

محمول على أنه شهد على قصد القتال قال رحمه الله (ولا من مات فيها وبعد الاحراز بدارنا يورث نصيبه) أي لا يستحق من مات في دار الحرب من الغنيمة ومراده اذا مات قبل أن تخرج الغنيمة الى دار الاسلام وبعد الاخراج يورث نصيبه لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبله بخلاف ما بعده على ما بينا من قبل وعند الشافعي يورث اذا مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده على ما بيناه قال رحمه الله (وينتفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة) لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه رواه البخاري وهذا دليل على أن عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه وقال ابن عمر وإن جيشا غنموا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يؤخذ منهم الخمس رواه أبو داود وهذا يؤيد ما ذكرناه وهو محمول على أنه لم يفضل منهم وعن عبد الله بن المغفل قال أصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت لا أعطي اليوم أحدا من هذا شيئا فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسما رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي وهذا أقوى حيث لم يأمره عليه الصلاة والسلام برده في الغنيمة وعن ابن أبي أوفى قال أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق رواه أبو داود ولم يقيد اباحة الانتفاع هنا بالحاجة وهي رواية السير الكبير وقيدها بها في السير الصغير لانه مال مشترك بين الجماعة فلم يبح الانتفاع به الا لحاجة كالدواب والثياب ووجه الاولى اطلاق ما رويناه ولان الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب اذ هو لا يقدر أن يستصحب ما يكفيه من الطعام والعلف غالبا فلو لم يبح لهم التناول لضاق عليهم الامر بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحبه غالبا فانعدم دليل الحاجة حتى لو تحققت الحاجة اليه جاز له التناول أيضا فتعلق الاطلاق بحقيقة الحاجة فيهما ثم يرد الى المغنم اذا استغنى عنه ولا فرق في الطعام بين أن يكون مهيأ للاكل وبين أن لا يكون مهيأ له حتى يجوز لهم ذبح المواشي من البقر والغنم والجزور ويردون جلودها في الغنيمة ذكره في السير الكبير في الجزور وكذا أكل الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة والسمن والزيت وكل شيء هو مأكول عادة وهذا الاطلاق في حق من له سهم في الغنيمة أو من يرضخ له منها غنيا كان أو فقيرا ويطعم من معه من الاولاد والنساء والمماليك وكذلك المدد لان له سهما فيها ولا يطعم الاجير ولا التاجر الا أن يكون خبز الحنطة أو طبخ اللحم فلا بأس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة لا يجوز له أن يتناوله مثل الادوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ردوا الخيط والمخيط ولان هذه الاشياء لا تؤكل عادة ولا تستعمل في الحاجة الاصلية بل للزينة ويستعملون الحطب والطيب يعني

(قوله في المتن وينتفع فيها) أي في دار الحرب اهـ (قوله في المتن بعلف) يقال علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا أطعمها العلف قال ابن دريد ولا يقال أعلفها والدابة معلوفة وعليف والعلف كل ما اعتلفته الدابة قاله الاتقاني وفي المصباح المنير علفت الدابة علفا من باب ضرب واسم المعلوف علف بفتحتين والجمع علاف مثل جبل وجبال وأعلفت بالالف لغة والمعلف بالكسر موضع العلف اهـ (قوله ولم نقيد اباحة الانتفاع هنا بالحاجة) أي وبه قالت الأئمة الثلاثة اهـ فتح (قوله وهي رواية السير الكبير) أي واختارها الكرخي في مختصره ولهذا قال مادامت الغنيمة في دار الحرب لا بأس لكل واحد من الجند يتناول المأكول والمشروب والعلف غنيا كان أو فقيرا وتبعه القدوري اهـ اتقاني قال في السير الصغير (٢٥٢) اذا كان في الغنيمة طعام أو علف فاحتاج اليه رجل يتناول منه قدر حاجته وكذلك يتناول من سلاح الغنيمة اذا احتاج اليه للقتال ثم يردها اذا استغنى عنها ويكره له ذلك من غير حاجة الى هنا لفظ السير الصغير قال صاحب المحيط هذا جواب القياس وما ذكره في السير الكبير جواب الاستحسان اهـ اتقاني (قوله بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحبه غالبا فانعدم دليل الحاجة) قال الكمال وحاصل ما هنا أن الموجود إما ما يؤكل أولا وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أولا فالثاني ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بان مات فرسه أو انكسر سيفه أما اذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل اثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة عند اذا انقضى الحرب وكذا الثوب اذا أضر به البرد يستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها بخلاف السبي لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا أصولها فيحملهم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعني بالاجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في محل الحاجة بل الفضول ولا شك انه لو تحقق مرض باحدهم يحوجه الى استعماله كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة اهـ (قوله ولهذا ذكره في السير الكبير في الجزور) وفي الايضاح في البقر وفي المحيط في الغنم فدل على التسوية اهـ (قوله والسمن والزيت) أي ودهن السمسم اهـ كفاية

عنـد الحاجة ويوقحون الدواب اذا احتاجوا اليه قال رحمه الله (ولا يبيعها) لما بينا من قبل ولانه لا يملك بالاخذ وانما أبيح له التناول للضرورة والمباح له لا يملك البيع وان باعه أحدهم رد الثمن الى المغنم ولا يجوز له الانتفاع بالثياب والسلاح والدواب والمتاع بغير حاجة لصيانة سلاحه ودابته وغير ذلك لانه مال مشترك بينهم فلا يجوز الانتفاع به بلا حاجة والاولى أن يقسم الامام بينهم اذا احتاجوا اليه كلهم لان المحظور يستباح للضرورة ومراعاة حقهم عند حاجتهم أولى من مراعاة حق المدد وهو محتمل أيضا لا يدرى أيلحق أولا فلا يعارض المحقق عند الحاجة وهذا بخلاف السبي حيث لا يقسم وان احتاجوا اليه لان حاجتهم للوطء أو الخدمة وكل ذلك من فضول الحوائج قال رحمه الله (وبعد الخروج منها لا) أي بعد الخروج من دار الحرب لا ينتفعون بالغنيمة لزوال المبيح وهي الضرورة ولان حقهم قد تأكد حتى يورث نصيبه فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاهم قال رحمه الله (وما فضل رد الى الغنيمة) أي الذي فضل في يده من الذي كان أخذه قبل الخروج من الحرب لينتفع به رده الى الغنيمة بعد الخروج الى دار الاسلام لزوال حاجته والاباحة باعتبارها وهذا قبل القسمة وبعدها ان كان غنيا تصدق بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا والفقير ينتفع بالعين ولا شئ عليه ان هلك لانه لما تعذر الرد صار في حكم اللقطة قال رحمه الله (ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله) أي من أسلم من أهل الحرب في دار الحرب أحرز باسلامه نفسه وأولاده الصغار لوجود العاصم وهو الاسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه لانهما جزاء الكفر ابتداء أو لدفع الشر والمسلم لا يبتدأ بالرق وقد اندفع شره بالاسلام وأولاده الصغار تبع له فيلحقون به هذا اذا أسلم قبل أن يأخذه المسلمون وان أسلم بعده فهو عبد لانه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه فلا يرتفع بالاسلام كحقيقة الملك وكذا لو أسلم بعدما أخذ أولاده الصغار وماله ولم يؤخذ هو حتى أسلم أحرز باسلامه نفسه فحسب لانعقاد السبب في غيره قال رحمه الله (وكل مال معه) لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم وقال عليه الصلاة والسلام لصخر يا صخر ان القوم اذا أسلموا أحرزوا أموالهم ودماءهم ولان يده الحقيقية سبقت اليه يد الظاهرين فكانت أولى قال رحمه الله (أو وديعة عند مسلم أو ذمي) لانه في يده حكما اذ يد المودع كيد المودع لانه عامل له في الحفظ وهي محترمة صحيحة بخلاف ما اذا كانت في أيديهما غصبا حيث تكون فيأ خذ عند أبي حنيفة رحمه الله لان يده ليست كيد المالك وبخلاف ما اذا كانت في يد الحربي وديعة أو غصبا لان يده ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها قال رحمه الله (دون ولده الكبير) لانه كافر حربي غير تابع له في الاسلام وغيره فلا يكون معصوما عن القتل والاستغنام الا بالاسلام بخلاف أولاده الصغار قال رحمه الله (وزوجته وحملها) لانها كافرة حربية غير تابعة له فتسترق وحملها جزء منها فيتبعها في الرق وقال الشافعي لا يكون الحمل فيأ لانه مسلم تبعا لابيه فلا يبدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا في حق التبع بمنزلة البقاء والاسلام لا ينافي بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية قال رحمه الله (وعقاره) لانه ليس في يده حقيقة فيكون فيأ وقال الشافعي رحمه الله هو له ولا يكون فيأ لانه في يده كالمنقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذ هي من جملة دار الحرب فلم تكن في يده حقيقة وقيل في قول محمد يكون كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة تثبت عنده في العقار ألا ترى أنه يتصور فيه الغصب عنده وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع عنه قال رحمه الله (وعبده المقاتل) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان غصبا في يد حربي أو وديعة فيء لان يده ليست بمحترمة وكذلك اذا كان في يد مسلم أو ذمي غصبا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد لا يكون فيأ لان المال تابع للنفس وقد صارت

(قوله ويوقحون) قال الاتقاني وقح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي أي رق من كثرة المشي والراء خطأ كذا في المغرب ونسخة الامام حافظ الدين الكبير بخط يده بالراء من الترقيح وهو المنقول من المصنف قال هكذا قرأنا على المشايخ قال في الجمهرة رقح فلان عيشه ترقيحا اذا أصلحه وأنشد

يترك مارقح من عيشه
يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس الذين لا نظام لهم اه وقال الكمال والراء أي ترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الاصح جوازه ثم قال الكمال فالترقيح أعم من التوقيح اه (قوله وان باعه أحدهم رد الثمن الى المغنم) أي لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين اه اتقاني (قوله في المتن ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله) انما احتاج الى هذا التأويل ليقع الاحتراز به عن مستأمن أسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على دار الحرب كانت أمواله وأولاده كلها فيأ ذكره في الفوائد الظهيرية وهنا أربع مسائل احداها أسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا أحرز نفسه وأولاده الصغار وما في يده والثانية دخل دارنا بامان وأسلم ثم ظهرنا على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار فيء والثالثة أسلم في دار الحرب ثم دخل دارنا ثم ظهرنا على الدار فجميع ماله فيء الا أولاده الصغار والرابعة (١) (قوله ولنا أن العقار) يعني أن اليد في العقار انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده قبل

(١) قوله والرابعة سقط الكلام على المسئلة الرابعة من الاصل فارجع الى الاصول الصحيحة لعلك تجد الساقط اه مصححه

معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها ولهأ نه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا ولهذا لم تصر متقومة بالاسلام وإباحة التعرض كان لدفع شره وقد اندفع بالاسلام ولهذا لم يتعرض له بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك على ما كان وأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله في رواية ومع محمد في أخرى ولو أن مسلما دخل في دار الحرب بأمان فأصاب مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم من أسلم في دارهم في جميع ما ذكرنا الا في حق مال في يد حربي في رواية أبي سليمان لان العصمة كانت ثابتة لهذا المال بمالكه فلا تزول وفي رواية أبي حفص يكون فيأ لما ذكرنا وقالوا رواية أبي سليمان أصح وهذا كله اذا ظهر المسلمون على دارهم وأما اذا أغاروا عليها ولم يظهروا فكذلك الحكم عند محمد وعند أبي حنيفة يصير جميع ماله فيأ الا نفسه وأولاده الصغار فمحمد سوى بين الاغارة والظهور لاستوائهما في السببية للملك وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما والفرق أنه بالظهور صارت الدار دار الاسلام فكانت يده على ما في يده ثابتة حقيقة وحكما باعتبار منعة المسلمين ويد المسلم يد محترمة فلا يجوز ابطالها وأما بالاغارة فلم تصر دار اسلام فلم تصر يده على المنقول ثابتة حكما لان يد أهل الحرب ثابتة حافظة دافعة لاشتمالها على الدار باعتبار المنعة والشوكة ولهذا لا تصير الغنيمة ملكا للغانمين في دار الحرب والعصمة انما تثبت باعتبار اليد حقيقة وحكما ولم توجد فبقيت على أصل الاباحة وحكم من أسلم في دار الحرب وخرج الينا على هذا التفصيل ذكره في المحيط

﴿فصل في كيفية القسمة﴾ يجب على الامام أن يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لله تعالى فان لله خمسه ويقسم الأربعة الاخماس على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه اجماع المسلمين قال رحمه الله (للراجل سهم وللفارس سهمان) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا للفارس ثلاثة أسهم وبه أخذ الشافعي لقول ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما رواه الجماعة ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولأبي حنيفة رحمه الله قول مجمع بن جارية قسمت خيبر الى ان قال إنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما رواه أحمد وأبو داود ولان الكر والفر من جنس واحد فالتفاوت يستحسن لنفسه وانما استحسن لاجل الكر فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولان مقدار الزيادة لا يوقف عليه حقيقة فيدار الحكم على سبب ظاهر وهو الرأس والفرس مع أنا نمنع زيادة الغناء يستحق بها الزيادة بل بما ذكرنا ألا ترى ان الشاكي بالسلاح أكثر غناء من الاعزل ومع هذا لا يستحق الزيادة ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الاصل وما رواه محمول على التنفيل كما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الاكوع سهم الفارس والراجل رواه أحمد ومسلم وغيرهما وكان راجلا أجيرا لطلحة والاجير لا يستحق سهما من الغنيمة وانما أعطاه رضخا لجده في السير وقال خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة قال رحمه الله (ولو له فرسان) أي ولو كان له فرسان لا يستحق الا سهمين معناه انه لا يسهم الا لفرس واحد اذا قاد فرسين أو أكثر وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لانه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير خمسة أسهم ولانه يحتاج في القتال الى فرسين وربما يعيا الواحد فيحتاج الى الآخر

ظهور المسلمين وبعد ظهورهم على الدار يد الغانمين أقوى من يده اه رازي ﴿فصل في كيفية القسمة﴾ (قوله وهذا عند أبي حنيفة) أي وبه قال زفر اه كاكي (قوله وبه أخذ الشافعي) أي ومالك وأحمد والليث وأبو ثور وأكثر أهل العلم اه دراية (قوله للفارس ثلاثة أسهم) يعني سهما له وسهمين لفرسه اه اتقاني (قوله ولان الاستحقاق بالغناء) قال في مجمع البحرين والغناء بالفتح وقال في المصباح والغناء مثل كلام الاكتفاء (٢٥٤) وقال الكاكي الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية وغناؤه أي غناء الفرس الكر الصولة والجولة والفر بمعنى الفرار والفرار في موضع الفر محمود اه (قوله لانه للكر والفر) الكر الرجوع بعد الفرار والفر الفرار اه اتقاني (قوله والراجل للثبات) أي ثبات الدفع اه (قوله ابن جارية) أي الانصاري اه اتقاني (قوله والراجل سهما) وروى محمد بن الحسن في المبسوط عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما يوم بدر قال المعتمر بن سليمان في كتابه لم يكن في أصحاب بدر فارس غير اثنين مصعب بن عمير والمقداد بن الاسود اه اتقاني (قوله فيكون غناؤه) بالفتح والمد الكفاية اه اتقاني (قوله فيدار الحكم على سبب ظاهر) وهذا لان الزيادة انما تظهر عند الصدمة وفي تلك الحالة كل واحد مشغول بنفسه اه اتقاني (قوله ولان الفرس تبع) أي للرجل اه (قوله أعطى سلمة بن الاكوع) أي في غزوة ذي قرد اه اتقاني (قوله وانما أعطاه رضخا لجده) الجد في الامر الاجتهاد اه مصباح (قوله وقال أبو يوسف يسهم لفرسين) لم يذكر القدوري في مختصره خلاف أبي يوسف رحمه الله وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أنه يسهم لفرسين ولا يسهم لاكثر منهما وقال في شرح الطحاوي ولا يسهم الا لفرس واحد في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف قال يسهم لفرسين اه اتقاني (قوله أعطى الزبير خمسة أسهم) أي سهما له وسهمين لكل واحد من فرسيه اه كاكي وكتب على قوله الزبير ما نصه يعني الزبير بن العوام يوم خيبر اه

(قوله صفية) أى بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم اه اتقانى (قوله ولئن صح فهو محمول على التنفيل) أى تحريضا على القتال اه اتقانى (قوله فى المتن والبراذين) بالذال المعجمة اه (قوله فى المتن كالعتاق) العتاق جمع عتيق وهو الجواد والبرذون العجمى الخالص والعراب خلاف البراذين والهجين الذى أبوه عربى وأمه عجمية والمقرف الذى أبوه عجمى وأمه عربية من خط الشارح

ولهما أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد ولانه يستحق السهم بالارهاب عند مجاوزة الدار باعتبار ما يؤل اليه أمرهم من القتال معهم فارسا أو راجلا والقتال لا يتصور الا على فرس واحد فيسهم له لا غير ولهذا لا يسهم لثلاثة أو أكثر بالاتفاق والصحيح من حكاية الزبير أنه عليه الصلاة والسلام أعطاه أربعة أسهم سهماله وسهما لامه صفية وسهمين لفرسه رواه أحمد فلا يلزم حجة ولئن صح فهو محمول على التنفيل على نحو ما ذكرنا من حكاية ابن الاكوع والذى يدل عليه أنه ليس فيه انه قاد فرسين قال رحمه الله (والبراذين كالعتاق) لان الارهاب هو السبب وذلك باسم الخيل قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وهو يتناولهما والهجين والمقرف ولان العتاق ان كان أقوى فى الجرى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففى كل واحد منهما منفعة مقصودة فاستويا وأهل الشام لا يسهمون للبراذين والحجة عليهم ما تلونا وما ذكرنا من المعنى قال رحمه الله (لا الراحلة والبغل) أى لا تكون الراحلة والبغل كالعتاق حتى لا يسهم لهما لان الارهاب لا يقع بهما اذ لا يقاتل عليهما قال رحمه الله (والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة) أى يعتبر كونه فارسا أو راجلا عند مجاوزة الدار حتى لو دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه وقاتل راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم الراجل وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يستحق سهم الفارس لوجود القتال منه فارسا حقيقة وهو أقوى من التقدير وعند الشافعى يعتبر كونه فارسا أو راجلا حال انقضاء الحرب لانه سبب الاستحقاق أما المجاوزة فوسيلة الى السبب فلا تعتبر كالخروج من البيت ولنا أن المجاوزة نفسها أقوى الجهاد لان الخوف بها يلحقهم ولهذا يحتاج عند الدخول الى شوكة وجيش عظيم والحال بعدها حال الدوام فلا معتبر بها ولهذا يكتب الامام أسماء الفرسان والرجالة عندها لا غير و يقول العدو كم دخلوا والجهاد يكون بالارهاب كما يكون بالقتل و به يستحق الفارس الزيادة لا بالقتل فعلم بذلك أن الارهاب والارعاب أشد عليهم من القتل وهو المقصود بقوله تعالى ترهبون به عدو الله وعدوكم و بقوله ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار وبه تنكسر همتهم وينكسرون فكانت هذه الحالة أولى بالاعتبار لحصول المقصود عندها وهو الشرط ألا ترى أن أحدا لم يشترط بقاء الفرس الى تمام الاستحقاق حتى لو هلك الفرس بعد استقرار الهزيمة قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفارس ولا معنى لما قاله الشافعى لان الوقوف على حقيقة القتال متعسر لانه حال التقاء الصفين والاحكام لا تتعلق بمثله ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفارس وكذا لو كان فى السفينة لتهيئه للقتال فارسا وهو كالمباشرة ألا ترى أن الردء والمدد يستحقون به وكذا الجند فيما أصابت السرية ويشترط أن يكون الفرس صالحا للقتال بأن يكون صحيحا كبيرا حتى لو دخل بمهر أو مريض لا يستحق سهم الفرسان لانه لا يقصد به القتال وكذا لو باعه أو رهنه أو اجره أو وهبه بعد المجاوزة فى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله اعتبارا للمجاوزة وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد انقضاء الحرب فله سهم الفرسان وكذا اذا باعه حال القتال عند البعض والاصح أنه لا يستحق سهم الفرسان لان بيعه يدل على أن غرضه التجارة الا أنه كان ينتظر عزته ولو دخل على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان فى رواية اعتبارا للمجاوزة وفى رواية يستحق سهم الرجالة لانه لم يصمم على القتال فارسا حيث دخل على هذا الفرس مع علمه أن لصاحبه أن يسترده أى وقت شاء

(قوله فالبرذون أصبر وألين عطفا) بفتح العين وكسرها ومعنى الفتح الامالة والكسر الجانب اه كى (قوله فى المتن لا الراحلة والبغل) وانما لم يسهم لبغل ولا لراحلة لعدم ورود النص لانه كان يكون فى غزوات النبى صلى الله عليه وسلم مع أصحابه الجمال والحمير والبغال ولا يسهم لشئ منها ولو أسهم لظهر نقله لانها كانت أكثر من الافراس اه اتقانى رحمه الله (قوله فنفق فرسه) أى هلك اه (قوله وعند الشافعى يعتبر كونه فارسا أو راجلا) قال الاتقانى وعند الشافعى يعتبر كونه فارسا أو راجلا عند شهود الوقعة وفى رواية عند تقضى الحرب وهو تمام القتال اه (قوله وبه يستحق الفارس الزيادة) أى ولهذا يشارك الردء المباشر فى الغنيمة لحصول الارهاب بالكل اه اتقانى (قوله استحق سهم الفارس) أى باتفاق بيننا وبين الشافعى اه اتقانى (قوله وكذا اذا باعه حالة القتال عند البعض) أى لان بيعه عند مخاطرة الروح دل على أنه انما باعه لرأى رآه فى الحرب لا لتحصيل المال لان الروح تفوق المال وهذا هو الصحيح عندى وقال صاحب الهداية الاصح أنه يسقط وحمل أمره على أنه أراد التجارة وانتظر العزة وفيه نظر لان الانسان العاقل فى مثل تلك الحالة لا يختار المال على روحه اه اتقانى قوله انما باعه لرأى رآه فى الحرب إما لانه وجده غير موافق له فى عدم ثباته فى الحرب لعدم أدبه أو غير ذلك ولان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود اه (قوله الا أنه كان ينتظر عزته) أى عزة الفرس اه

(قوله ويحذين) قال (١) ومنه الحديث كان يحذي النساء والصبيان من المغنم وحذيته لغة اهـ من خط الشارح اهـ وكتب ما نصه الحذيا العطية وأحذيته أعطيته (قوله الا أن يحذيا) أي يعطيا اهـ (قوله وانما يرضخ لهم) أي المذكورين في المتن اهـ (قوله اذا باشروا القتال) قال الاتقاني لكن يرضخ لهم ولا يسهم لهم انحطاط الرتبة التبع عن المتبوع وهذا لان العبد تبع للحر والصبي تبع للبالغ والذمي تبع للمسلم ولذا لا يمكن الذمي من (٢) اهـ (قوله فانه يزاد على السهم) أما اذا قاتل الذمي لا يبلغ برضخه سهم المسلم اهـ (قوله في المتن والخمس لليتامى) أي الفقراء أما اليتيم الغني فلا حق له فيه عندنا خلافا لبعض أصحاب الشافعي ذكره في الدراية اهـ (قوله وقدم ذوو القربى) القربى القرابة اهـ اتقاني (قوله تقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث) قال العلامة بدر الدين الكردري معنى هذا الكلام أن أيتام ذوي القربى ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى والمساكين وأبناء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل لما أن سبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات اهـ كاكي (قوله فحاصله أن الخمس يقسم أثلاثا) أي سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون اهـ هداية (قوله وسهم النبي عليه الصلاة والسلام يخلفه فيه الامام) وفي الكشاف وعن الحسن في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لذوي الامر من بعده اهـ اتقاني رحمه الله (قوله ويصرفه الى مصالح المسلمين) أي نحو سد الثغور وعمارة القناطر وارزاق القضاة اهـ اتقاني قال في الكافي وقال أبو العالية يقسم على ستة اسهم سهم لله يصرف الى عمارة اشارة الكعبة ان كانت القسمة بقربها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى اهـ (قوله والباقي للثلاثة) أي لانه عليه الصلاة والسلام قسمها على خمسة أسهم ولا نسخ بعده ولان الرسول عليه الصلاة والسلام كان يستحقه بحق الامامة فاستحقه من يخلفه في الامامة وذوو القربى بالقرابة لان الحكم اذا علق باسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة للنبوته فيستوي غنيهم وفقيرهم كالارث اهـ كافي (قوله ولنا) أي ما روي عن ابن عباس أن الخمس كان يقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة أسهم ثم قسمه أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ثلاثة أسهم اهـ كافي (قوله لم تكن بطريق الحتم) أي بل بطريق الجواز اذ لا يظن بهم خلافه عليه الصلاة والسلام اهـ كافي (قوله وفيما روى) أي الشافعي اهـ

وان مدة الاجارة تنقضي قال رحمه الله (وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ لا السهم) لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأما بسهم فلم يضرب لهن وقال أيضا لم يكن للمرأة والعبد سهم الا أن يحذيا من غنائم القوم رواهما أحمد ومسلم وقال أيضا كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي المرأة والمملوك من الغنائم دون نصيب الجيش ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من أهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلزمهما فرضه والعبد لا يمكنه مولاه وله منعه فلم يستحقوا السهم الكامل لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه الامام تحريضا لهم على القتال وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان فيما رواه الترمذي وللنساء فيما رواه أحمد وأبو داود محمول على الرضخ والمكاتب عبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه فيمنعه المولى وانما يرضخ لهم اذا باشروا القتال أو كانت المرأة تداوي الجرحى وتقوم بمصالح المرضى لعجزها عن حقيقة القتال فيكون جهادها عملا يليق بحالها أو دل الذمي على الطريق لان في الدلالة منفعة للمسلمين ولا يبلغ بالرضخ السهم لانهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد الا في دلالة الذمي فانه يزاد على السهم اذا كانت في دلالته منفعة عظيمة لان الدلالة ليست من عمل الجهاد فلا يلزم منه التسوية في الجهاد اذ ما أخذه في الدلالة بمنزلة الاجرة فيعطى بالغا ما بلغ والاجير لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستأجر لا للقتال وان ترك الخدمة وقاتل يسهم له فصار كأهل سوق العسكر وان لم يقاتل فلا شيء له ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنيمة قال رحمه الله (والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لاغنيائهم) أي يقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث وقال الشافعي رحمه الله لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون ذلك لبني هاشم وبني المطلب ولا يكون لغيرهم فحاصله أن الخمس يقسم أثلاثا عندنا وعنده أخماسا سهم لذوي القربى وسهم للنبي صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الامام ويصرفه الى مصالح المسلمين والباقي للثلاثة لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى وقال صلى الله عليه وسلم يا بني هاشم ان الله كره لكم غسالة أيدي الناس فحرم عليكم الصدقة وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة ولم يفرق في الكتاب ولا في السنة بين الفقير والغني وأعطى عليه الصلاة والسلام العباس وقد كان غنيا ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان اجماعا وبه تبين أن قسمته عليه الصلاة والسلام لم تكن بطريق الحتم وفيما روى

---

(٢) قوله ولذا لا يمكن الذمي من هكذا في الاصل الكلام منقطع وحرر اهـ مصححه

(قوله اشارة الى أن الاغنياء منهم لا يستحقون) فان قال قائل قوله تعالى وللرسول ولذى القربى عمومه يقتضى وجوب السهم للفقراء والاغنياء منهم قيل له هذا عندنا ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان من قبل أن قوله تعالى ولذى القربى لا يختص بقرابة النبي صلى الله عليه وسلم دون قرابة غيره اذ كان الاسم يتناول الجميع ألا ترى الى قوله تعالى واذ أخذنا ميثاق بنى اسرائيل لا تعبدون الا الله وبالوالدين احسانا وذى القربى لم يختص بقرابة نبي الله صلى الله عليه وسلم دون غيره من الناس وقد كان يجوز أن المراد به قرابة الخليفة أو قرابة الغانمين أو أمير الجيش وروى قتادة عن الحسن ان المراد به قرابة الخلفاء فلما لم يكن فى الآية دلالة على تخصيص قرابة النبى صلى الله عليه وسلم دون غيرهم جعل اللفظ مجملا مفتقرا الى البيان وسقط الاحتجاج بعمومه اه اتقانى (قوله لان العوض) أى وهو خمس الخمس اه (قوله من يثبت فى حقه المعوض) أى وهو الصدقة لولا القرابة واستحقاقهم للصدقة لولا القرابة باعتبار الفقر فكذا السهم اه دراية (قوله يحققه أنه عليه الصلاة والسلام أعطى بنى المطلب) أى لما قسم غنائم خيبر اه كاكى (قوله والمراد بالنصرة الخ) لم يرد بالنصرة نصرة القتال فان ذلك كان موجودا فى عثمان وجبير وانما أراد نصرة الاجتماع به والمؤانسة فى حال ما هجره

اشارة الى أن الاغنياء منهم لا يستحقون لان العوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء والنبى عليه الصلاة والسلام كان يعطيهم للنصرة لا للقرابة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال انهم لم يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه وتبين بهذا أن المراد من ذوى القربى قرب النصرة لا قرب القرابة ولهذا لم تحرم الزكاة على بعض الهاشمى لعدم النصرة كأولاد أبى لهب وقد بيناه فى الزكاة يحققه أنه عليه الصلاة والسلام أعطى بنى المطلب ولم يعط بنى عبد شمس ولا بنى نوفل فجاء عثمان وهو من بنى عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بنى نوفل فقالا إنا لا ننكر فضل بنى هاشم لمكانك الذى وضعك الله تعالى فيهم ولكن نحن وبنو المطلب فى القرابة اليك سواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال انهم لم يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والاسلام يشير الى نصرتهم له لانهم قاموا معه حين أرادت قريش قتله عليه الصلاة والسلام ودخل بنو نوفل وعبد شمس فى عهد قريش ولو كان لاجل القرابة لما خصهم لان عبد شمس ونوفلا أخوا هاشم لابيه وأمه والمطلب كان أخاه لابيه فكانا أقرب اليه منه والمراد بالنصرة كونهم معه يؤانسونه بالكلام والمصاحبة لا بالمقاتلة ولهذا كان لنسائهم فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة وهى النصرة فيستحقونه بالفقر عند الكرخى لانه فى معنى الصدقة حتى كانوا يأخذونه فى زمنه عليه الصلاة والسلام وفى قوله تعالى كيلا يكون دولة بين الاغنياء اشارة اليه وقال الطحاوى يسقط نصيب الفقراء أيضا والاول أظهر قال رحمه الله (وذكره تعالى للتبرك) يعنى ماذكره الله فى الخمس بقوله تعالى فان لله خمسه لافتتاح الكلام تبركا باسمه تعالى لان الكل له وهو غير محتاج الى شئ قال رحمه الله (وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كالصفى) لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده ألا ترى أنه كيف أضاف ليه باسم الرسول بقوله وللرسول وكذا الصفى وهو شئ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه ويستعين به على أمور المسلمين وكانت صفية من الصفى رواه أبو داود قال رحمه الله تعالى (وان دخل جمع ذو منعة دارهم بلا اذن خمس

الناس على ما روى ان الله تعالى لما بعث رسوله صلى الله عليه وسلم من بنى هاشم حسدتهم قريش فتعاهدوا فيما بينهم أن لا يجالسوا بنى هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا اليهم محمدا ليقتلوه وتعاقد بنو هاشم على القيام بنصرته صلى الله عليه وسلم فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس فى عهد قريش ودخل بنو المطلب فى عهد بنى هاشم حتى دخلوا معهم الشعب فكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أكلوا العلهز من الجهد اه مستصفى (قوله والاول أظهر) قال فى الكافى وهو الاصح اه (قوله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

 يصطفيه لنفسه) أى مثل درع أو سيف أو جارية اه هداية وكتب ما نصه أى يختاره قبل الخمس اه قال محمد فى السير الكبير باسناده عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال كان سيف النبى صلى الله عليه وسلم ذو الفقار الذى تنفله يوم بدر كان سيف العاص بن منبه بن الحجاج فهذا دليل على أنه لم يحمل من الجنة وذكر هشام بن محمد بن السائب الكلبى عن أبيه فى كتاب السيوف كان سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذو الفقار وكان للعاص بن منبه بن الحجاج السهمى فقتله على بن أبى طالب يوم بدر وجاء بسيفه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فصار بعد لعلى أعطاه اياه النبى وله يقول القائل لا سيف الا ذو الفقا * ر ولا فتى الا على الى هنا لفظ الكلبى وما ذكره الزمخشرى فى فائقه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تنفله فى غزوة بدر بنى المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو أقدم وأعلم اه اتقانى (قوله وكانت صفية من الصفى) أى من غنائم خيبر اه كافى (قوله فى المتن وان دخل جمع ذو منعة الخ) قال فى الهداية واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيأ لم يخمس اه وفى المنية والثلاثة فى حكم الاثنين وفى الاربعة يخمس ويوضع فى بيت المال وفى المحيط عن أبى يوسف أنه قدر الجماعة التى لا منعة لها بتسعة نفر والتى لها منعة بعشرة اه دراية قال فى السير الصغير الرجل والرجلان يخرجان من دار الاسلام يغيران فى أرض الحرب فيصيبان الغنائم لا يخمس ما أصابوا ولو بعث

!مام رجلا واحدا طليعة من العسكر فأصاب غنيمة تخمس ولو أن رجلا أو رجلين أو ثلاثة لو من لأمنعة لهم من المسلمين أو من أهل الذمة دخلوا دار الحرب بغير اذن الامام فأصابوا غنائم فأخرجوها الى دار الاسلام كان ذلك كله لهم ولا خمس فيه فان كان الامام اذن لهم خمس ما أصابوا وكان ما بقي بينهم على سهام الغنيمة الى هنا لفظه وذلك لان الاذن اذا لم يوجد صار أخذهم كأخذ اللص ولا خمس فيه لان الخمس انما يكون في المأخوذ قهرا وغلبة ولم يوجد ثم ما يأخذه كل واحد له لا يشركه فيه أصحابه لانه أخذ مالا على أصل الاباحة كالصيد والحطب وان اجتمعوا على أخذ شئ واحد فهو بينهم كسائر المباحات اه اتقانى (قوله وان دخلوا) أى من لا منعة لهم اه (قوله بخلاف ما اذا دخلوا بغير اذنه حيث لا يخمس) ولا يقال قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه مطلق فينبغي أن يخمس وجد الاذن أو لم يوجد لانا نقول الغنيمة عند العرب هو المأخوذ قهرا وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان جهرا خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة اه اتقانى (قوله في المتن وللامام أن ينفل الخ) لما كان التنفيل أمرا يتعلق بالغنيمة ذكره بعد ذكر الغنائم يقال نفل السلطان فلانا اذا أعطاه سلب قتيل قتله ونفل نفلا ونفله تنفيلا لغتان فصيحتان كذا قال ابن دريد والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعها أنفال اه اتقانى وقوله وللامام أن ينفل أى في حال القتال قال الاتقانى وانما قيد بقوله في حال القتال لان التنفيل عندنا انما يصح اذا كان قبل الاصابة وعند الاوزاعى يصح بعد الاصابة في حق السلب للقاتل كذا ذكره في الاسرار اه (قوله أى وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس) أى بعد رفع الخمس اه (قوله وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له الخ) وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا تسمية للشئ باسم ما يؤول اليه كقوله تعالى أعصر خمرا وقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون اه اتقانى (قوله فهذا أولى) أى لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه لشجاعة أولئك وكفايتهم اه (قوله ولا ينبغى له أن ينفل بكل المأخوذ) أى لان فيه ابطال حق الباقين من الغزاة ومع هذا لو فعل جاز لما رأى فيه من المصلحة اه اتقانى

ما أخذوا والا لا) يعني وان لم يكونوا ذوى منعة لا يخمس لان الخمس وظيفة الغنيمة وهي المأخوذة قهرا وغلبة وذلك يحصل بالمنعة وان لم يكن لهم منعة يكون أخذهم اختلاسا وسرقة لا قهرا وغلبة فلا يخمس وان دخلوا باذن الامام فالمشهور أنه يخمس لانه لما أذن لهم التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة بخلاف ما اذا دخلوا بغير اذنه حيث لا يخمس لانه لا يجب عليه نصرتهم اذ ليس فيه وهن المسلمين بخلاف ما اذا كان لهم منعة حيث يخمس لانه يجب عليه نصرهم كيلا يلزم وهن المسلمين قال رحمه الله (وللامام أن ينفل) بقوله من قتل قتيلا فله سلبه وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس لانه تحريض على القتال وهو مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه أحمد والبخاري ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم الربع بعد الخمس في رجعته رواه أحمد وأبو داود وكان عليه الصلاة والسلام ينفل في البداية الربع وفي الرجعة الثلث رواه أحمد وابن ماجه والترمذي فكان الزيادة في الرجعة لاجل أنهم يكونون وقوله بعد الخمس ليس على سبيل الشرط ظاهرا لانه لو نفل بربع الكل جاز وانما وقع ذلك اتفاقا ألا ترى انه لو نفل السرية بالكل جاز فهذا أولى ثم قد يكون التنفيل بغير ما ذكرنا كالدراهم والدنانير أو بقوله من أخذ شيئا فهو له ويدخل الامام نفسه في قوله من قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس من باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما أو رضخا فلا يتهم به بخلاف ما اذا قال من قتلته أنا فلى سلبه حيث لا يستحق لانه خص نفسه به فصار متهما وبخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لا يدخل لانه ميز نفسه منهم ثم انما يستحق السلب بقتله اذا كان المقتول مباحا قتله حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين لان التنفيل تحريض على القتال وانما يتحقق ذلك في المقاتل حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه لانه مباح الدم ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد وخرج اليهم لان بنيتهم صالحة للقتال أو هم مقاتلون برأيهم ولا ينبغي له أن ينفل بكل المأخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما أصبتم فهو لكم بعد الخمس أو لم يقل بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشئ وفيه ابطال تفضيل الفارس على الراجل أو ابطال الخمس فلا يجوز قال رحمه الله (وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط) يعني لا يجوز أن ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام الا من الخمس لان حق الغانمين قد تأكد فيه بالاحراز في الدار ولهذا يورث منه لو مات فلا يجوز ابطال حقهم وليس لهم في الخمس حق فجاز للامام أن ينفل منه فان قيل حق الفقراء أيضا قد تأكد في الخمس فوجب أن لا يجوز ابطاله كما لا يجوز ابطال حق الغانمين قلنا انما جاز ذلك باعتبار أن المدفوع اليه مصرف بان كان فقيرا وهذا لان المستحق للخمس فقير غير معين فاذا جاز صرفه الى فقير غير مقاتل فصرفه الى فقير مقاتل أولى لان فيه مصلحة للمسلمين وصرف المال الى المستحق وأما اذا كان المدفوع اليه غنيا فلا يجوز لما في هذا التنفيل من ابطال حق الاصناف الثلاثة قال رحمه الله (والسلب للكل ان لم ينفل)

أى السلب لجميع الجند من جملة الغنيمة اذا لم ينفل به القاتل وقال الشافعى هو للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لما روينا والظاهر أنه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا أكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وهو غنيمة ولهذا لا يستحقه من لا يستحق الغنيمة بغير مباشرة وانما قلنا انه غنيمة لانه مأخوذ بقوة الجيش اذ لولا الجيش لما حصل السلب ولا تعتبر المباشرة ألا ترى أن الردء يستحق الغنيمة بغير مباشرة قتال فيقسم قسمة الغنائم وما رواه يحتمل التنفيل فيحمل عليه توفيقا بينه وبين ما تلونا والذى يدل عليه ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال انتهيت الى أبى جهل يوم بدر وهو صريع يذب الناس عنه بسيف له فجعلت أتناوله بسيف لى غير طائل فأصبت يده فندر سيفه فأخذته فضربته حتى قتلته ثم أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فنفلنى بسلبه رواه أحمد ولو كان السلب للقاتل لما احتيج الى التنفيل به ويدل عليه أن عادتهم كانت جارية بان السلب كان من جملة الغنيمة وانما قال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه يوم حنين لما أصابهم ما أصابهم وأراد بذلك عليه الصلاة والسلام تحريضهم على القتال حتى روى ان أبا قتادة لما سمع المقالة طلب سلب قتيله وأخذه بعدما كان تركه وأخذ أبو طلحة يومئذ سلب عشرين رجلا والذى يدلك على ما قلنا أن خالد بن الوليد منع رجلا سلب قتيله وكان عليهم أميرا فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له أعطه ثم قال لا تعطه ولو كان نصب شرع لما وقع ذلك والحديث صحيح رواه مسلم وأحمد ولا يقال لعل هذا متقدم لان عوف بن مالك ذكر أنه قال لخالد وهو الراوى لهذا الحديث أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى لكن استكثرته ولو كان نصب شرع لاستحقه وان كثر ولم ينهه عليه الصلاة والسلام عنه وانما منعه خالد لانه لم ينفلهم به فى تلك الغزوة وزيادة القتال لا تعتبر فى جنس واحد على ما بينا من قبل وليس فى الحديث ما يدل على انه قتله مقبلا فاشتراطه يكون زيادة وهو نسخ على ما عرف فى موضعه ثم اذا مات المقتول على فوره فلا اشكال فيه أن سلبه يكون للقاتل وان تأخر موته فان لم تقسم الغنيمة قبل أن يموت فكذلك وان مات بعد القسمة فلا يستحق من سلبه شيأ لانه بالاحراز تأكد ملك الغانمين فيه وان اختلف القاتل والغانمون فى موته فقال مات قبلها وقالوا هم مات بعدها فالقول قولهم لانهم ينكرون ولو أثخنه واحد وقتله آخر فالسلب لمن أثخنه ولو مات فسلبه المشركون ثم وقع سلبه فى الغنيمة لا يأخذه القاتل ولو جرّوه نفسه ولم يسلبوا منه ثم ظهر عليه المسلمون فسلبوه فهو للقاتل والفرق انهم يملكون السلب بالاخذ فانقطع ملك القاتل واذا لم يسلبوا منه لم يملكوا منه شيأ قال رحمه الله (وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه) يعنى السلب هو هذه الاشياء للعرف وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله فى حقيبته أو فى وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب هكذا ذكر فى الهداية وفى المحيط ولو قال الامير من قتل قتيلا فله فرسه فقتل رجل راجلا ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين يكون فرسه للقاتل لان مقصود الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن منه بخلاف ما اذا لم يكن بجنبه لانه لا يتمكن الا بالاعراض عن القتال ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين عنه فأما الملك فلا يثبت له حتى يحرز بدار الاسلام لما بينا من قبل حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهى له فأصابها رجل واستبرأها لا يحل له وطؤها ولا بيعها وكذا لو أتلف السلب غيره من الغزاة بعدما أخذه لا يجب عليه ضمانه وفيه خلاف محمد بناء على ان الملك يثبت بنفس التنفيل عنده لانه اختص به كالمسلم اذا اشترى جارية فى دار الحرب يحل له وطؤها بعد الاستبراء فكذا هذا بخلاف المتلصص اذا أخذ جارية فى دار الحرب واستبرأها حيث لا يجوز له وطؤها لانه لم يملكها لعدم الاختصاص بها حتى لو لحقه جيش المسلمين فى دار الحرب شاركوه فيها وعندهما لا يثبت الملك الا بالقهر ولا يتم القهر الا بالاحراز بالدار كما فى الغنيمة فى حق الجيش لانه قبل الاحراز قاهر يدا مقهور دارا فيكون

(قوله وقد قتله مقبلا) حال من المفعول اه (قوله وما رواه يحتمل التنفيل) أى بل هو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذا قاله بالمدينة فى مسجده ولم ينقل أنه قال ذلك الا يوم بدر وحنين حين انهزموا للحاجة الى التحريض اه (قوله فى المتن وما معه) أى لا عبده وما معه ودابته وما عليها وما فى بيته اه كافى (قوله حقيبته) الحقيبة العجيزة ثم سمى ما يحمل من القماش على الفرس خلف الراكب حقيبة مجازا لانه محمول على العجز كذا فى المصباح اه (قوله لا يحل له وطؤها ولا بيعها) وقال محمد يحل له وطؤها وهو قول الائمة الثلاثة اه فتح (قوله لانه لم يملكها لعدم الاختصاص بها) قال فخر الاسلام فى شرح الزيادات أجمعوا فيمن دخل متلصصا دار الحرب فأخذ جارية واستبرأها بحيضة لا يحل له وطؤها حتى يخرجها ثم يستبرئها اه اتقانى

لما ذكر قبل هذا استيلاء المسلمين على أموال الكفار ذكر هنا حال استيلاء الكفار على أموال كفار أخر في دار حرب أخرى أو على أموال المسلمين وما يترتب عليه من المسائل قاله الاتقاني اهـ قوله أو على أموال المسلمين قال الكمال وتقدم الاول على الثاني ظاهر اهـ (قوله في المتن سبى الترك الروم) الترك جمع تركي والروم جمع رومي والمراد كفار الترك وكفار الروم اهـ اتقاني وكتب على قوله الروم ما نصه قال الجوهري رحمه الله هم من ولد الروم بن عيصو يقال رومي وروم مثل زنجي وزنج فليس بين الواحد والجمع الا الياء المشددة كما قالوا تمرة وتمر فلم يكن بين الواحد والجمع الا الهاء اهـ وقال في المصباح والترك جيل من الناس والجمع أتراك الواحد تركي مثل روم ورومي اهـ قوله زنجي بكسر الزاي والفتح لغة اهـ مصباح (قوله في المتن وملكنا ما نجده من ذلك) أي وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما أخذنا ما لا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما فان لنا أن نشتري المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا وفي الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغانمين شيأ لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فانه على ملكهم وأما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغانمين نفسا أو مالا ينبغي أن يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالامية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا إذا دانوا ذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء والا لا اهـ (قوله في المتن ان غلبنا عليهم) أي على الترك اهـ (قوله في المتن وان غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وبه قال مالك وأحمد الا أن عند مالك يملكونها بمجرد الاستيلاء بدون الاحراز ولاحمد روايتان في رواية مع بدارهم مالك وفي رواية معنا اهـ كاكي (قوله وقال الشافعي لا يملكونها) أي وان أحرزوها بدارهم اهـ اتقاني (قوله لورودها على مال معصوم) أي اذ سبب عصمته اسلام صاحبه بقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم وهو باق فيبقى الحظر اهـ كاكي (قوله والمحظور لا يصلح سببا للملك) أراد به المحظور من وجه دون وجه كما في البيع الفاسد أما المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق كالبيع بالميتة أو الدم أو الخمر اهـ وكتب على قوله لا يصلح الخ ما نصه أي على ما عرف من قاعدته اهـ فتح (قوله وكاستيلائهم على رقابنا) قال الكمال ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون إبلهم في أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد نوموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت ان الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها فقال بئسما جزيتها أو وفيتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظ فأخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المرأة اهـ

السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل في اتمام القهر وانما أثره في افادة التخصيص وقطع الشركة فأما السبب للملك بعد التنفيل فهو الذي كان سببا قبله فأشبه المتلصص من هذا الوجه بخلاف الجارية المشتراة في دار الحرب لان السبب فيها العقد والقبض والله أعلم

﴿باب استيلاء الكفار﴾

قال رحمه الله (سبى الترك الروم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء في المباح سبب الملك وقد تحقق لان الكلام في كافر استولى على كافر آخر أو على ماله في دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب والاصطياد والشراء ونحو ذلك فكان بهذا السبب كالمسلم بل أولى لان الذي اليهم والكفار بعضهم يستحل دماء بعض وأموالهم عند اختلاف الملل والملك فوجب أن يملكوهم بالاستيلاء كما يملك المسلم به قال رحمه الله (وملكنا ما نجده من ذلك ان غلبنا عليهم) أي من الذي سبوه من الروم أو أخذوه من أموالهم لانه لما ملكوهم وأموالهم التحقوا بسائر أموالهم فكما تملك عليهم سائر أموالهم تملك عليهم هذا المال قال رحمه الله (وان غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان استيلاء الكفار محظور حين أخذوا وحين أحرزوا بدارهم لورودها على مال معصوم والمحظور لا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والمحظور ليس بمشروع ولان الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولا يقال انهم ليسوا بمخاطبين فكيف تثبت الحرمة في حقهم لانهم مخاطبون بالحرمات كالزنا والربا فتثبت الحرمة في حقهم كالمسلم ولنا أن الحرمات في الاموال تثبت على منافاة الدليل والاصل فيه الحل ولا يكون معصوما لقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا الا أن العصمة فيه لمن اختص به بسبب من الاسباب كالشراء وغيره ضرورة تمكنه من الانتفاع به قطعا للمنازعة فاذا زال تمكنه بسبب احرازهم

بدارهم عادالى الاصل ولم يبق معصوما فصار كالصيد وغيره من مباح الاصل فيملكونه والدليل عليه أن الله تعالى سمى المهاجرين فقراء بقوله للفقراء المهاجرين مع وجود دارهم وأموالهم فى دار الحرب ولو كان ملكهم باقيا لصاروا أغنياء به وقال عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من دار ولو كان ملكهم باقيا لما استقام ذلك فعلم بذلك أن استيلاءهم على مال مسلم يوجب الملك لهم بخلاف استيلاء المسلم على مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع به قائم فتبقى عصمته وبخلاف رقابنا لانها لم تخلق محلا للتملك لان الادمى خلق ليملك لا ليملك وانما ثبت فيه محلية الملك بالكفر العارض وبخلاف ما اذا لم يحرزوها بدارهم لان ملكهم بالاستيلاء ويتحقق ذلك بالاحراز بدارهم لان الظاهر أن المسلمين يستنقذونها منهم مالم يحرزوها بدارهم والمحظور لغيره لا يمنع المشروعية كالبيع عند أذان الجمعة والطواف مع الشتم والصلاة فى الارض المغصوبة والاشتغال بالقراءة أو النافلة عند ضيق الوقت فان هذه الاشياء محظورة لغيرها وهى مشروعة بنفسها حتى يستحق بها الثواب الجزيل الآجل فما ظنك بالقليل العاجل وهو الملك فى الدنيا قال رحمه الله (وان غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجانا وبعدها بالقيمة) أى ان غلب المسلمون على أهل الحرب فمن وجد منهم ماله الذى أخذه العدو قبل أن تقسم الغنيمة بين المسلمين أخذه بغير شئ وان وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ان المشركين أحرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم ثم وقعت فى الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال عليه الصلاة والسلام ان وجدتها قبل القسمة فهى لك بغير شئ وان وجدتها بعد القسمة فهى لك بالقيمة ان شئت فعلى هذا يحمل كل ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه ردها الى مالكه أو يحمل على أنه استخلص منهم قبل أن يحرزوه بدارهم ثم رده الى أصحابه ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاسترداد نظراله غير أن فى الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذ بالقيمة ان شاء ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير شئ قال

(قوله ولو كان ملكهم باقيا لصاروا أغنياء به) أى وليس من يملك مالا وهو فى مكان لا يصل اليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم فى نص الصدقة اه فتح (قوله وقال عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من دار) قال الكمال وأما ما استدل به الشارحون مما فى الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام فى الفتح أين تنزل بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل وروى أتنزل غدا بدارك فقال هل ترك لنا عقيل من رباع وانما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من أبى طالب فانه توفى وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه الا أن الدار كانت للنبى صلى الله عليه وسلم فلما هاجر استولى عليها فلكوها بالاستيلاء اه قال الكمال عند قوله واذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وللجمهور أوجه من النقل والمعنى ثم قال وأما المعنى فما أشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعنى الاستيلاء الكائن بعد الاحراز فى حال البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على أموالهم فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا أى كونه مباحا اذ ذاك لان العصمة ثبتت على مناط الدليل وهو قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا فانه يقتضى اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز حينئذ يكون ناماوهو الاقتدار على المحل حالا ومآلا بالادخار الى وقت حاجته بخلاف أهل البغى اذا أحرزوا أموالهم لا تزول أملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك اه (قوله فعلم بذلك أن استيلاءهم على مال مسلم يوجب الملك لهم) فان قيل كيف يملكون أموالنا بالاستيلاء وقد قال تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والتملك بالقهر من أقوى جهات السبيل قلنا النص تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك فللواهب أن يرجع فى هبته ويعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه اه كافى (قوله فى المتن وبعدها بالقيمة) وعند الشافعى يأخذون فى الوجهين بغير شئ لان الملك لم يثبت للكفار عنده اه اتقانى (قوله وان وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة) هذا اذا كان قيميا فان كان مثليا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فوجده بعد القسمة لا يأخذه لانه لا فائدة فى أخذه مثله فلا يشرع مالا فائدة فيه اه مبسوط قال الناطفى فى كتاب البيوع من الاجناس سألت شيخنا أبا عبد الله الجرجانى هل يورث حق أخذ الجارية المأسورة فقال لا أعرفه منصوصا وقد وجدت ذلك منصوصا ذكر فى السير الكبير فى عبد أسر فمات مولاه ثم وقع العبد فى سهم رجل من المسلمين فلورثة الميت أن يأخذوه بالقيمة وان لم يكن وارث فللامام المسلمين أن يأخذه للمسلمين وذكر فى كتاب الشفعة املاء رواية ابن سماعة قال محمد بن الحسن يقول ان لم يأخذه المولى حتى مات لم يكن لورثته سبيل على أخذه من قبل ان هذا بمنزلة الشفعة اه (قوله والشركة قبل القسمة عامة) أى بين الغانمين اه فلا يصيب كل فرد ما يبالى بفوته فلا يتحقق الضرر اه كافى (قوله فيقل الضرر) أى عليهم أى على الغانمين اه (قوله فيأخذه بغير شئ) أى أولان الملك لما كان عاما لم يثبت له حكم الملك ولهذا أورد فى الاسرار أن واحدا من الغانمين لو استولد جارية من

المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك بعموم الشركة بخلاف ما بعد القسمة حيث يأخذه بالقيمة لانه لو أخذه بلا شئ يتضرر المالك الجديد لانه أخذه عن نصيبه فى المغنم فيفوت ذلك حينئذ فلاعتدال النظر للمالك القديم والجديد أثبتنا حق الاخذ لكن بالقيمة اهـ اتقانى (قوله ليعتدل النظر من الجانبين) أى والقول فى الثمن قول المشترى مع يمينه كذا ذكر الحاكم الشهيد اهـ اتقانى قوله مع يمينه أى لانه اعلم بما ملك عليه ماله عما يقر هو به كالمشترى مع الشفيع اذا اختلفا فى الثمن الا أن يقيم المالك البينة أنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك اهـ كمال رحمه الله (قوله وان اشتراه بعرض) أى التاجر اهـ (قوله أخذه) أى المالك القديم اهـ (قوله ولو كان مثليا) أى ما أخذه الكفار من المسلمين اهـ (قوله وكذا اذا كان) أى المثلى اهـ (قوله وكذا لو اشتراه) أى المثلى اهـ (قوله أو اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا) أى لا يأخذ المالك القديم أيضا اذا كان ما أخذه الكفار منا وأحرزوه بدارهم مشترى بمثله قدرا ووصفا لانه لا فائدة فى أن يعطى عشرة أقفزة جيدة و يأخذ عشرة أقفزة جيدة الا اذا اشترى بخلاف الجنس والا اذا اشترى بالاقل قدرا أو بالاردأ منه فحينئذ يكون للمالك أخذه بمثل ما اشتراه لوجود الفائدة اهـ اتقانى (قوله أو باردأ منه) أى أو بخلاف جنسه اهـ (قوله فى المتن وان فقأ عينه) قال فى الهداية فان أسروا عبدا فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام (٢٦٢) ففقئت عينه وأخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى أخذه به من العدو وقال الاتقانى وصورة المسألة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى عبد لرجل أسره العدو فاشتراه رجل من المسلمين فأخرجه ففقئت عينه فأخذ المولى ارشها ثم جاء المولى الاول بكم يأخذ العبد قال بالثمن الذى أخذه من العدو وأصله أن الكفار يملكون أموالنا بالاحراز بدارهم عندنا وقد مر بيانه ثم اذا اشترى رجل عبدا مأسورا من العدو صح شراؤه واذا صح شراؤه صح ملكه فى العبد لكن للمالك القديم حق أخذ رقبة العبد ان شاء بالثمن الذى اشتراه به المشترى لحديث تميم بن طرفة وقد مر قبل هذا ولانه لو أخذه مجانا يتضرر به المشترى وليس للمسلم أن يضر بغيره لكن ليس للمالك القديم أن يأخذ الارش لانه انما هو أحق بالرقبة لاعادة العبد الى قديم ملكه والارش حصل فى ملك المشترى صحيحا وليس فيه الاعادة الى قديم الملك ومع هذا لو أخذ الارش أخذه بمثله فلا فائدة فيه لان الارش دراهم أو دنانير ألا ترى أن العبد لو قتل فى يد المشترى خطأ فأخذ قيمته لم يكن للمالك القديم عليه فى القيمة سبيل لعدم الفائدة فهكذا هنا وفى الزيادة والنقصان ربا وهو حرام ثم اذا لم يأخذ الارش ليس له أن يحط شيأ من الثمن بسبب فقء العين لان العين بمنزلة الوصف لانه تحصل به صفة الكمال فى الذات والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن وقد فات الوصف فى ملك صحيح وبذهابه لا يسقط شئ من الثمن لانه تابع ألا ترى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه لا يسقط شئ من الثمن بخلاف الوصف فى مسئلة الشفعة حيث يقابله شئ من الثمن ولهذا اذا استهلك انسان شيأ من بناء الدار التى فيها الشفعة يسقط من الشفيع حصته لان المبيع لما كان واجب الرد الى الشفيع بتحول الصفقة اليه صار كالمشترى شراء فاسدا والوصف فيه مضمون لانه واجب الرد كما فى الغصب فكذا هنا بخلاف ما نحن فيه فان الملك صحيح للمشترى من العدو فحصل الفرق قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير روى عن محمد أن المولى يسقط عنه حصة الارش من الفداء فجعله بمنزلة الشفيع أنه يأخذه بالحصة اذا استهلك انسان شيأ من البناء بقى وما أصاب عينه أى أخرجها فهى مفقوءة اهـ (قوله فأشبه البيع الفاسد) أى من حيث ان كل واحد من القبضين واجب

رحمه الله (وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم) أى لو اشترى ما أخذه العدو منهم تاجر وأخرجه الى دار الاسلام أخذه المالك القديم بثمنه الذى اشترى به التاجر من العدو لانه لو أخذه بغير شئ لتضرر التاجر فيأخذه بثمنه ليعتدل النظر من الجانبين وان اشتراه بعرض أخذه بقيمة العرض ولو كان البيع فاسدا يأخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو لمسلم يأخذه بقيمته دفعا للضرر عنهما اذ ملكه فيه ثابت فلا يزال بغير شئ ولو كان مثليا فوقع فى الغنيمة يأخذه قبل القسمة لما ذكرنا ولا يأخذه بعدها وكذا اذا كان موهوبا وكذا لو اشتراه التاجر شراء فاسدا وأخرجه الى دار الاسلام أو اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا لانه لو أخذه فى هذه المواضع لأخذه بمثله وهو لا يفيد حتى لو اشتراه التاجر منهم بأقل منه قدرا أو بأردأ منه له أن يأخذه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه ويعيده الى ما كان فصار فداء لا عوضا قال رحمه الله (وان فقأ عينه وأخذ أرشه) أى للمالك القديم أن يأخذه بالثمن الذى اشتراه به التاجر وان فقئت عين العبد المأسور فى يد التاجر وأخذ التاجر وهو المشترى من العدو أرشها لما ذكرنا من النظر ولا يحط عنه شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فى ملك صحيح بعد القبض وان كانت مقصودة بالاتلاف بخلاف المشفوع لان شراءه من غير رضا الشفيع مكروه وملكه ينتقض من غير رضاه فأشبه البيع الفاسد وفيه تضمن الاوصاف مطلقا لكون الملك غير صحيح كما يضمن فى الغصب فكذا فى المشفوع اذا كانت مقصودة بالاتلاف حتى لو هدم المشترى بناءه أو قلع شجره يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وفى المرابحة انما اعتبرت الاوصاف حتى لا يبيعها مرابحة بعد ما أتلفها مقصودا لكونها مبنية على الامانة بخلاف ما نحن فيه ولان ما يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل فى حقه والفداء لا يقابل بشئ من الاوصاف ولهذا لو تعيب عنده لم ينقص على المولى شئ ولان الاخذ للمالك ثبت على خلاف القياس

فيراعى

فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه ان شاء أخذه بالثمن وان شاء ترك والثمن اسم لجميعه فلا ينقص ولا يأخذ المولى القديم الارش لان ملك المشترى فى الارش صحيح لا شبهة فيه فلو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد ولو أخرجه المشترى من العدو عن ملكه بعوض يأخذه المالك القديم بذلك العوض ان كان مالا وان كان غير مال كالصلح عن دم أو هبة أخذه بقيمته ولا ينقض تصرفه بخلاف الشفيع لان حقه قبل حق المشترى فينقض تصرف المشترى لاجله قال رحمه الله (فان تكرر الاسر والشراء أخذه الاول من الثانى بثمنه ثم القديم بالثمنين) معناه ان عبد الرجل أسره العدو فاشتراه رجل تاجر فأدخله دار الاسلام ثم أسره العدو ثانيا فأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر فأدخله دار الاسلام أخذه المشترى الاول بثمنه ثانيا لان الاسر ورد على ملكه فيكون خيار الاخذ له ثم اذا أخذه هو يأخذه المالك القديم بالثمنين ان شاء أى الثمن الذى اشتراه به الاول من الحربى والذى اشتراه به الثانى من الحربى لان المشترى الاول قام عليه بالثمنين أحدهما بالشراء الاول والثانى بالتخليص من المشترى الثانى ولو أراد المالك القديم أن يأخذه من المشترى الثانى ليس له ذلك لان الاسر الثانى لم يرد على ملكه وكذا لو كان المشترى الاول غائبا وهو المأسور منه ثانيا لما ذكرنا وكذا لو اشتراه المشترى الاول من التاجر الثانى ليس للمالك القديم أن يأخذه لان حق الاخذ ثبت للمالك القديم فى ضمن عود ملك المشترى الاول ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشراء الجديد منه قال رحمه الله (ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك) يعنى بالغلبة لان السبب لا يفيد الحكم الا فى محله وهؤلاء ممن ليس بمحل لان المحل للملك هو المال وهم ليسوا بمال اذ الحر معصوم بنفسه وكذا غيره لان الحرية قد ثبتت فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء قال رحمه الله (وان ند اليهم جمل فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء عليه فاذا أخذه أحد وأخرجه الى دار الاسلام مغنوما أو مشترى فللمالك أن يأخذه على التفاصيل التى بيناها قال رحمه الله (وان أبق اليهم قن لا) أى لا يملكونه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لان العصمة لحق المولى ضرورة تمكنه من

النقض لرها لحق الشرع اه كافى (قوله والثانى بالتخليص من المشترى الثانى) أى فلا يحط من ذلك شئ صيانة لحقه اه كافى (قوله وكذا لو كان المشترى الاول غائبا) أى ليس للاول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته اه كافى وكتب ما نصه فان أبى المشترى الاول أخذه لا يأخذه المالك القديم لان حق الاخذ انما يثبت له فى ضمن عود ملك المشترى الاول فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت ما فى ضمنه اه دراية (قوله فى المتن ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) وفائدته أن المولى يأخذ هؤلاء بلا شئ قبل القسمة وبعدها وكذا ان اشترى رجل واحدا مما ذكرنا من اهل الحرب بعد استيلائهم يأخذه المولى بلا شئ والاصل فيه ما ذكره فى شرح الطحاوى أن كل ما يملك بالميراث يملك بالاسر والاسترقاق والقهر والغلبة وهذا لان سبب التملك وهو الاستيلاء انما ينعقد سببا اذا اتصل بالمحل كما فى سائر الاسباب فلم يتصل فيما نحن فيه فلا يكون سببا فلا يصح تملكهم وذلك لان الحر معصوم بنفسه وما بعده ليسوا بمحل له لاستحقاقهم الحرية ولهذا لا يصح أن نملكهم وهذا معنى قوله لان الحرية قد ثبتت فيه من وجه أى فيمن سوى الحر لا يقال اذا ظهرنا عليهم نملك جميعهم حرا كان أو مدبرا أو غير ذلك فينبغى أن يملكوا أيضا علينا كذلك من غير فرق بين الحر والمدبر والمكاتب

وأم الولد وبين العبد القن لانا نقول يجوز تملكهم على بعضهم بالقهر والغلبة وان كان حرا جاز تملكنا عليه ولا يجوز تملكنا على احرارنا ومدبرينا ومكاتبينا وأمهات أولادنا بالعقود فلا يجوز تملكهم أيضا اه اتقانى رحمه الله (قوله فى المتن وان ند) قال فى المصباح ند البعير ندا من باب ضرب وندادا بالكسر ونديدا ذهب ونفر على وجهه شاردا فهو ناد والجمع نواد اه (قوله فى المتن وان أبق اليهم قن الخ) قال فى الكافى وله أن سبب الملك الاستيلاء ولم يوجد فلم يثبت الملك وهذا لان له يدا على نفسه لانه ادمى مكلف ومعنى اليد القدرة على الحفظ والتصرف ولهذا لو قبض ما وهب له تتم الهبة واذا اشترى نفسه من مولاه لرجل لم يملك المولى حبسه بالثمن الا أنه أسقط اعتبار يده على نفسه لظهور يد سيده عليه ليتمكن بالانتفاع به فاذا زالت يد سيده بانفصاله عن دارنا ظهرت يده على نفسه ورفعت يده ثبوت يد الكفرة عليه فلا يتحقق الاستيلاء فلا يثبت الملك كما فى المكاتب اه وكتب ما نصه أى لمسلم اه هداية قوله لمسلم هذا قيد اتفاقى فانه اذا كان العبد ذميا فالحكم كذلك ذكره أبو اليسر اه كاكى وكتب على قوله أبق ما نصه من باب تعب وقتل فى لغة والاكثر من باب ضرب اه مصباح وكتب على قوله قن ما نصه قال فى المصباح القن الرقيق يطلق بلفظ واحد على الواحد وغيره فيقال عبد قن وأمة قن وعبيد قن بالاضافة وبالوصف أيضا وربما يجمع على أقنان وأقنة وهو الذى ملك هو وأبواه وأما من يغلب عليه ويستعبد فهو عبد مملكة اه وقال فى المغرب والقن من العبيد الذى ملك هو وأبواه وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث وقد جاء قنان وأقنان وأقنة وأما أمة قنة فلم أسمعه وعن ابن الاعرابى عبد قن أى خالص العبودة وعلى ذا صح قول الفقهاء لانهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب اه (قوله وقالا يملكونه) لهما أن العبد مال يجوز تملكه اذا وجد سببه وقد وجد سبب التملك وهو استيلاء أهل الحرب عليه فيملكونه ولهذا يملكون الآبق المتردد فى دار الاسلام والعبد المأذون بالدخول فى دار الحرب اذا أحرزوهما بدارهم

الانتفاع به وذلك بقيام يده وقد زالت ولهذا المعنى اذا أخذوه من دار الاسلام ملكوه فصار كالجمل الناد اليهم ولابى حنيفة رحمه الله أنه ادمى ذو يد صحيحة حتى اذا أودع وديعة لم يكن للمولى حق القبض وكذا اذا اشترى نفسه من المولى ليس للمولى أن يحبسه فيكون فى يد نفسه وانما لا يظهر على نفسه فى دار الاسلام لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع به وقد زالت يد المولى بتباين الدارين فظهرت يده على نفسه لزوال المانع وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف المتردد فى دار الاسلام لان يد المولى عليه باقية لقيام أهل الدار عليه فيمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير ملكه الابن بالهبة ولو وهبه بعد دخوله دار الحرب لا يملكه بخلاف البعير الناد لان العجماء ليس لها يد فاذا خرجت عن يد المولى يملكها من أخذها واذا لم يثبت الملك لهم فى العبد عند أبى حنيفة رحمه الله يأخذه المولى القديم يعنى بغير شئ مغنوما كان أو مشترى أو وجده بعد ما أسلم من فى يده أو بعد ما صار ذميا ولكن ان وجده مغنوما بعد القسمة يعوض من كان فى يده من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه بزعمه لانه يدعى أنه ملكه سواء كان غازيا أو مشتريا قال رحمه الله (ولو أبق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم اخذ العبد مجانا وغيره بالثمن) وهذا عند أبى حنيفة وقالا يأخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الوجه فى كل فرد مغنوما أو مشترى فان قيل ينبغى أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شئ على قول أبى حنيفة لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال لانقطاع يد المولى عن المال لانه فى دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار فلا يصير ملكا لهم قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال قال رحمه الله (وان باع مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمه فجاءنا أو ظهرنا عليهم

فصار استيلاؤهم عليه كاستيلائهم على الدابة المنفلتة اليهم ولابى حنيفة أن العبد كما انفصل عن دار الاسلام ظهرت يده عليه والمراد بظهور يده كونه قادرا على استعمال آلاته وصرف منافعه الى حيث يريده فى مصالحه فاذا ظهرت يد العبد زالت يد المولى وفاتت قدرة انتفاعه بالعبد للتنافى بين يد المولى ويد العبد لان يد المولى عبارة عن القدرة على المحل تصرفا كيف شاء ويد العبد كذلك فمحال أن يكون المحل الواحد مصروفا الى جهتين مختلفتين فلما ظهرت يد العبد منع ذلك يد أهل الحرب بخلاف الدابة فانه لا يد لها تمنع أهل الحرب من الاستيلاء وبخلاف العبد الآبق المتردد فى دار الاسلام فانه فى يد مولاه حكما لان الاقتدار على المحل قائم بالطلب والاستعانة بأهل الدار فلم تظهر يد العبد وبخلاف العبد المأذون له بالدخول فى دار الحرب لان يد المولى قائمة حكما أيضا لانه لما دخل باذن المولى صارت يده يد نيابة عن المولى اذ الظاهر أنه يعود الى دار الاسلام بخلاف الآبق لانه لما أبق تمرد على مولاه وصار غاصبا ملك مولاه كما انفصل عن دار الاسلام فلم يبق للمولى يد لا حقيقة ولا حكما فبطل القياس اهـ اتقانى وكتب ما نصه وهذا الخلاف فى عبد مسلم أبق أما لو ارتد العبد فدخل دارهم فأخذوه يملكه الكفار بالاتفاق اهـ كاكى (قوله فظهرت يده الخ) فان قيل العبد كما انفصل عن دار الاسلام يقع فى يد أهل الحرب لانه ليس بين الدارين موضع آخر فمن أين تظهر يد العبد اذا انفصل عن دارنا فلو كان تظهر يده لعتق كعبد الحربى اذا أسلم والتحق بعسكر المسلمين قلت لا نسلم أنه ليس بين الدارين موضع بل بين الدارين موضع حاجز بينهما فاذا وصل العبد اليه ظهرت يده فتمنع يد أهل الحرب وانما لم يعتق لان من ظهور يده على نفسه لا يلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجائز أن توجد اليد بلا ملك كما فى المغصوب والمشترى قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره بخلاف عبد الحربى اذا أسلم والتحق بعسكرنا لانه استولى على مال الحربى وهو غير معصوم فيملكه فلما ملكه زال ملك المولى فلما زال الملك عتق اهـ اتقانى رحمه الله تعالى (قوله بخلاف المتردد) أراد بالمتردد الذى يدور فى دارنا اهـ اتقانى (قوله العجماء) العجماء البهيمة وانما سميت عجماء لانها لا تتكلم فكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم ويقال صلاة النهار عجماء لانه لا يجهر فيها بالقراءة كذا فى مجمل اللغة اهـ اتقانى (قوله يعوض من كان فى يده) أى قيمته اهـ كافى (قوله من بيت المال) أى لان نصيبه قد استحق فلو لم يرجع على أحد لكان إجحافا ولو لزم العوض على المالك مع استمرار ملكه لكان اضرارا به وتعذر رجوعه على شركائه فى الغنيمة لتفرقهم فى القبائل فيعوضه من بيت المال لانه معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل شئ يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع فى بيت المال فاذا لحق غرم يجعل ذلك فى بيت المال لان الغرم مقابل بالغنم اهـ كافى (قوله وليس له) أى للغازى أو التاجر اهـ (قوله قلنا الخ) قلت غاية ما فى الباب أن يده ظهرت على نفسه بالانفصال من دار الاسلام فلا يلزم من ظهور اليد ثبوت المالكية لان ما فى يده مال معصوم لمسلم فلا يجوز تملكه فيبقى الملك فى يد العبد كما كان لصاحب الملك فيملكه أهل الحرب بالاحراز اهـ اتقانى (قوله غير ظاهرة فى حق المال) وفيه نوع تأمل لان استيلاء العبد على المال حقيقة وجنوه مال مباح فينبغى أن يمنع استيلاء الكفار كما فى الصيد اهـ دراية قوله وفيه نوع تأمل أقول فى هذا التأمل تأمل لان العبد مملوك والمملوك لا يملك اهـ

عتق) أي اذا اشترى كافر مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم أو أمن عبد لحربي في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام أو الى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون عتق في ذلك كله أما الاول وهو ما اذا اشترى عبدا مسلما ودخل به دارهم فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما لا يعتق لان استحقاق الازالة كان بطريق البيع وقد انتهى ذلك بالدخول في دارهم لعجز الامام عن الالزام فبقي في يده عبدا على ما كان لان دار الحرب لا تنافي الملك بل الادخال فيها سبب الملك ألا ترى أنهم لو أسروا عبدا مؤمنا وأحرزوه بدارهم ملكوه ابتداء فالاستدامة أولى لان البقاء أسهل من الابتداء ولابي حنيفة رحمه الله أن العبد المسلم استحق الازالة عن ملك الكافر بالبيع كيلا يبقى تحت ذله ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام في دار الاسلام لما أن لمال المستأمن حرمة كمال الذمي واذا عاد الى دارهم سقطت عصمة ماله وعجز القاضي عن اخراجه عن ملكه وعن اعتاقه عليه اذ لا ينفذ قضاؤه على من في دارهم فأقيم احرازه بدار الحرب مقام القضاء بالعتق اقامة للشرط مقام العلة اذ تباين الدارين شرط لزوال الملك في الجملة ألا ترى أنه اذا سبي أحد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالتباين والقياس على من أدخلوه دارهم غير صحيح لان كلا منا فيمن وجب ازالته عن ملكه والذي أدخلوه في دارهم لم يملكوه قبله حتى تجب ازالته وانما ملكوه بعد دخوله دارهم فافترقا وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا لانه يجبر على بيعه ولا يمكن من ادخاله دار الحرب ذكره في النهاية معزيا الى الايضاح وكذا اذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب فاشتراه مسلم أو ذمي في دارهم على هذا الخلاف لهما أن العتق في دار الحرب يعتمد زوال الاختصاص ولم يوجد اذ قهر البائع زال الى قهر المشتري فصار كأنه في يد البائع ولابي حنيفة رحمه الله أن قهر البائع زال حقيقة والحاجة الى ثبوت قهر المشتري ابتداء وفي المحل ما ينافيه فلا يثبت ولان اسلامه يقتضي زوال قهر غيره عليه الا أنه تعذر الخطاب بالازالة فأقيم ماله أثر في زوال الملك مقام الازالة هكذا ذكر في الكافي وأما الثاني وهو ما اذا أمن عبد حربي في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام أو الى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون فلما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال أعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطائف من خرج اليه من عبيد المشركين رواه أحمد وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد الينا أبا بكرة وكان مملوكا فأسلم قبلنا فقال لا هو طليق الله ثم طليق رسوله رواه أبو داود وعن علي قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم فقالوا والله يا محمد ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل رواه أبو داود ولانه أحرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه وبالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهروا على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لانها أسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فكانت يده أولى ولو أعتق حربي عبدا حربيا في دار الحرب وهو في يده ولم يخله أي قال له انت حر بلسانه حر لا يعتق حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه وعند أبي يوسف ومحمد يعتق لصدور ركن العتق من أهله بدليل صحة اعتاقه عبدا مسلما في دار الحرب في محله لكونه مملوكا ولابي حنيفة رحمه الله أنه معتق بلسانه مسترق ببنانه وهذا لان الملك كما يزول يثبت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده في دار الحرب فيكون عبدا له بخلاف ما اذا كان مسلما لانه ليس بمحل التملك بالاستيلاء والله أعلم بالصواب

(قوله وقال هم عتقاء الله) فعلم بهذا أن العبد اذا خرج مراغما لمولاه يكون حرا وكذلك اذا ظهر على دارهم بعد اسلام العبد يكون حرا لانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج الى دار الاسلام ولا يكون عبدا للغزاة لانهم يحتاجون الى أن يملكوه بالاحراز وهو يحتاج أن يحرز نفسه لينال شرف الحرية واحرازه أسبق من احرازهم فصار أولى لانه صار صاحب يد في نفسه لكنه يحتاج الى ما يؤكد يده بمنعة المسلمين وهم محتاجون الى اثبات اليد ابتداء فكان اعتبار يده أولى قال في شرح الطحاوي ولا يثبت الولاء من أحد لان هذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر عتق العبد قبل المشتري البيع أو لم يقبل لان العبد استحق حق العتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر لزوال ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه ولأن يكون راضيا بزواله الى عبده أولى لان غيره لم يستحق حق الزوال وعبده استحق حق الزوال الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله مراغما) قال في المغرب وقد راغمه اذا فارقه على رغمه ومنه اذا خرج مراغما أي مغاضبا اه وكتب ما نصه وقيد بقوله مراغما لانه اذا خرج الينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا كذا في الايضاح اه دراية (قوله ولو أعتق حربي) هذه المسألة ذكرها في المجمع في كتاب العتق اه

﴿باب المستأمن﴾

قال رحمه الله (دخل تاجرنا ثمة حرم تعرضه لشئ منهم) أي اذا دخل دار الحرب بامان مسلم تاجر يحرم عليه أن يتعرض لشئ من أموالهم ودمائهم لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الغدر على ما بينا من قبل الا اذا غدر بهم ملكهم بأخذ الاموال أو الحبس أو غيره بعلمه ولم ينهه عنه لانهم نقضوا العهد به فيباح له التعرض حينئذ كالاسير والمتلصص فيجوز له أخذ أموالهم وقتل نفوسهم وليس له أن يستبيح فروجهم لان الفروج لا تحل الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بالدار على ما بينا الا اذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدبرته ولم يطأهن أهل الحرب لانهن لا يملكهن أهل الحرب بالاستيلاء على ما بينا فهن باقيات على ملكه غير أن أهل الحرب ان وطئهن تكون شبهة في حقهن فيجب عليهن العدة فلا يجوز له أن يطأهن حتى تنقضي عدتهن بخلاف أمته المأسورة حيث لا يجوز له أن يطأها وان لم يطأها الحربي لانهم ملكوها فصارت من جملة أموالهم ولهذا لا يجوز له أن يتعرض لها بشئ ان دخل دارهم بأمان ولم ينتقض الامان ويجوز له التعرض لزوجته وأم ولده ومدبرته لما ذكرنا قال رحمه الله (فلو أخرج شيأ ملكه ملكا حراما فيتصدق به) يعني لو غدرهم وأخذ شيأ وأخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لتحقق السبب وهو الاستيلاء على مال مباح والحظر لغيره لا يمنع المشروعية على ما بينا من قبل لانعقاد السبب على الاصل ... غير أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به قال رحمه الله (وان أدانه حربي أو أدان حربيا أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا الينا لم يقض بشئ) أي التاجر الذي دخل دار الحرب بأمان اذا دانه حربي أي باعه بالدين او بالعكس أو غصب أحدهما الآخر وخرجا الى دار الاسلام لم يقض القاضي لواحد منهما على الآخر لان القضاء يستدعي الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الادانة أصلا اذ لا قدرة للقاضي فيه على من هو في دار الحرب ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزمه فيما يستقبل في حق أحكام يباشرها في دار الاسلام والغصب في دار الحرب سبب ثبوت الملك لانه استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالادانة فاذا ملكه فلم يبق ... معرض له ... حكم

لما فرغ عن بيان الاستيلاء وهو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في باب الاستئمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وقدم استئمان المسلم تعظيما له اه (قوله في المتن حرم تعرضه لشئ منهم) أي وهذا لانهم انما مكنوه من الدخول في دارهم بعد الاستئمان بشرط أن لا يتعرض لشئ من دمائهم وأموالهم فاذا تعرض لذلك كان غدرا والغدر حرام لما روى محمد في أول كتاب السير الصغير عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيشا أو سرية أوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه وأوصاه بمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله وفي سبيل الله فقاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا الحديث فيه طول وروى صاحب السنن باسناده الى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة (٢٦٦) فيقال هذه غدرة فلان ولكن مع هذا لو غدر التاجر بهم وأخذ أموالهم وأحرزها بدار الاسلام ملكها ملكا محظورا الا أن المحظور لا ينافي وقوع الملك اه وكتب ما نصه لان المسلمين عند شروطهم وقد شرط بالاستئمان أن لا يتعرض لهم فالتعرض بعده غدر اه كافي (قوله الا اذا غدر بهم ملكهم) أي بالتجار ملك أهل الحرب اه (قوله ولم ينهه عنه لانهم) أي (١) هم الذين يعني الذين نقضوا العهد به اه (قوله فيباح له التعرض حينئذ كالاسير) قال في الكافي بخلاف الاسير حيث يباح له التعرض وان أطلقوه طوعا لانه غير مستأمن ولم يوجد منه الالتزام بعقد أو عهد اه (قوله والحظر لغيره لا يمنع المشروعية) يعني أن مال أهل الحرب مباح في نفسه وانما الحظر جاء لمعنى في غير المال وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء اه اتقاني (قوله أدانه حربي) ... الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين اه مصباح (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) أي لا على المستأمن ولا على الحربي اه اتقاني (قوله وانما التزمه فيما يستقبل في حق أحكام يباشرها في دار الاسلام) أي فلما انتفت الولاية ... لا يقضي ... بدون الولاية قال في شرح الطحاوي ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أن يقضي اه اتقاني وكتب على قوله في حق أحكام يباشرها ما نصه الذي بخط الشارح في حق حكم يباشرها اه (قوله والغصب الخ) قال الاتقاني وكذلك في الغصب لا يقضي لواحد منهما على الآخر لان غصب أحدهما مال صاحبه صادف مالا لا عصمة له في حقه وذلك لان دار الحرب دار القهر والغلبة ... فقد ملكه ولا يحكم بالرد لثبوت الملك الا أن المسلم المستأمن لما غصب مالهم صار ناقضا للعهد ... فيما بينه وبين الله تعالى أن يرده ليرتفع الغدر اه

(١) قوله أي هم الذين الخ كذا في الاصل وحرر اه مصححه

(قوله أن لا يغدرهم) غدر به غدرا من باب ضرب نقض عهده اهـ مصباح (قوله لما ذكرنا) أي من ثبوت الملك له فيه بالاخذ اهـ قال في الكافي والجواب في المسألة الاولى قول أبي حنيفة ومحمد وأما على قول أبي يوسف فالقاضي يقضي على المسلم بالدين وقولهما مشكل لان المسلم التزم أحكام الاسلام مطلقا فصار كما لو خرجا مسلمين الينا وأجيب بأن المديون اذا كان حربيا لم يقض عليه بشئ لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب أن لا يقضي عليه بشئ أيضا لا لعدم الالتزام ولكن لتحقيق المساواة بين الخصمين اهـ قال الكمال

ولكن يفتى المسلم برد المغصوب ويأمره به لانه التزم بالامان أن لا يغدرهم وهذا غدر ولا يقضى عليه لما ذكرنا وقال أبو يوسف يقضى بالدين على المسلم دون الغصب لانه التزم أحكام الاسلام حيث كان ألا ترى أنهما لو خرجا مسلمين يحكم عليهما بالدين فكذا هذا وأجيب عنه بانه اذا امتنع في حق المستأمن امتنع في حق المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما قال رحمه الله (وكذا لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا) لما ذكرنا قال رحمه الله (وان خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب) يعني الحربيين أسلما في دار الحرب ثم خرجا مسلمين بعدما ادان أحدهما صاحبه أو غصب منه وانما يقضى بالدين لانها وقعت صحيحة لوقوع المداينة بتراضيهما ولثبوت الولاية حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وانما لا يقضى بالغصب لان الغاصب ملكه على ما بينا من ورود الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لان ملك الحربي بالغصب صحيح لا خبث فيه والاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له يدل على ذلك بخلاف المسلم المستأمن اذا غصب منهم حيث يؤمر بالرد للخبث في ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضى عليه به لما بينا قال رحمه الله (مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطا) أي مسلمان دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما الآخر عمدا أو خطأ تجب الدية في ماله وتجب الكفارة في الخطا دون العمد لانها لا تجب في العمد عندنا على ما عرف في موضعه أما الكفارة والدية في الخطا فلقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولان العصمة الثابتة بالاحراز بالدار لا تبطل بالدخول العارض بالامان وانما تجب في ماله لان العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وانما تجب الدية في العمد في ماله لان العواقل لا تعقل العمد والقصاص قد سقط للشبهة فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين أن يكون ذلك في ماله وعن أبي يوسف ان القصاص يجب عليه لانه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته والمسلم من أهل دار الاسلام حيث كان والقصاص حق الولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى الامام فيستوفيه قلنا لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة لان الواحد لا يقاوم القاتل ظاهرا ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلم يجب اذ لا فائدة للوجوب بدون الاستيفاء فصار كالحد ولان دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة يكفي لسقوط العقوبة وان لم تثبت حقيقة ألا ترى أنه يسقط بقوله اقتلني قال رحمه الله (ولا شئ في الاسيرين سوى الكفارة في الخطا كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة) يعني اذا قتل أحد الاسيرين الآخر لا يجب شئ سوى الكفارة في الخطا وكذا اذا قتله مسلم مستأمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه الدية في العمد والخطا في ماله لان المقتول كان معصوما متقوما بالاحراز بدار الاسلام فلا يبطل بالاسر العارض كما لا يبطل بالدخول دارهم بأمان بل أولى لكونه مضطرا والمستأمن باختياره وعدم القصاص لفوات شرطه وهو المنعة وتجب الدية في ماله لما ذكرنا ولابي حنيفة ان الاسير صار تبعا لهم بالقهر حتى صار مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم كعبيد المسلمين صاروا أتباعا لهم في دار الاسلام فاذا كان تبعا لهم فلا يجب بقتله دية كاصله وهو الحربي فصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وهو المراد بقوله كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة أي في دار الحرب فانه لا يجب بقتله الا الكفارة

ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك في الاقبال والاقامة والاخلاص ونحو ذلك اهـ قوله ولا يخفى ضعفه أي ضعف هذا الجواب اهـ (قوله في المتن وكذلك) أي لا يقضى بشئ في صورة الادانة والغصب جميعا اهـ (قوله في المتن وفعلا ذلك) أي أدان أحدهما صاحبه أو غصب أحدهما مال الآخر اهـ (قوله وعن أبي يوسف أن القصاص يجب عليه) قال في الكافي وأما القود فلا يجب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن عليه القود في العمد لما بينا اهـ (قوله لان الواحد لا يقاوم القاتل ظاهرا) قال الكمال رحمه الله واذا سقط القصاص وجبت الدية لانه لسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه اهـ (قوله ألا ترى أنه يسقط بقوله اقتلني) ذكر الشارح رحمه الله في باب نكاح الرقيق لو قال اقتلني فقتله تجب عليه الدية ولا يصح اذنه في ابطال حق ورثته اهـ قال الكمال فان قيل ما ذكرتم مخالف لاطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص النفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فانه قتل وليس يجب به قصاص ونحو ذلك فيجوز تخصيصه بالمعنى أيضا اهـ (قوله وهو المراد بقوله كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة) قال في الهداية واذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شئ عليه الا الكفارة في الخطا قال الاتقاني وهذه من مسائل الجامع الصغير وهي الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وعن أبي يوسف في الجامع الصغير وغيره

وروى عن أبي حنيفة قال لا دية عليه ولا كفارة من قبل أن الحكم لم يجر عليهم وعن أبي يوسف قال أضمنه الدية وأجعل عليه في الخطا الكفارة وأستحسن ذلك وأدع القياس والقياس كما قال أبو حنيفة وجه ما روى عن أبي يوسف أنه محقون الدم لاجل اسلامه وكونه في دار الحرب لا ينفي تقوم دمه كالتاجر ووجه الظاهر قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة وكان أبو حنيفة يتأول هذه الآية في الذين أسلموا في دار الحرب اه (٢٦٨) (قوله خوفا من التبعة) التبعة وزان كلمة ما تطلبه من ظلامة ونحوها اه مصباح

في الخطا الا انه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار وكذا هذا لبطلان الاحراز الذى كان في دار الاسلام بالتبعية لهم في دارهم ولا يرد علينا المستأمن لانه ليس بمقهور فيمكنه الخروج باختياره فلا يكون تبعا لهم وقال الشافعي رحمه الله المسلم الذى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام يجب القصاص بقتله عمدا وتجب الدية بقتله خطأ لانه قتل نفسا معصومة لوجود العاصم وهو الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها أثبت العصمة بالاسلام لا غير ولان العصمة ثبتت نعمة وكرامة فتتعلق بماله أثر في استحقاق الكرامة وهو الاسلام وهذا لان العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي حاصلة بالاسلام ثابتة به حتى يأثم من تعرض له بعد الاسلام والمقومة كمال فيها يحصل كمال الامتناع لان بعض السفهاء لا يترك التعرض له الا بالمقومة خوفا من التبعة في الدنيا فيكون وصفا لها فيتعلق بما يتعلق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء فانها للجزاء وهو الكفاية أو الى كونه كل المذكور فينتفي غيره كما انتفى في قتل المسلم الذى في دار الاسلام غير المذكور في الآية لهذا المعنى وهذا لان الآية سيقت لبيان الاحكام في القتل وهي أنواع فأوجب أولا في المؤمن المطلق دية وكفارة ثم أوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة ثم أوجب بقتل الذمي دية وكفارة فلا يزاد على واحد منها على ما أوجبه الله تعالى ولا نسلم ان أصل العصمة بالاسلام بل بكونه آدميا لانه خلق لاقامة الدين ولا يمكن من ذلك الا بعصمة نفسه بان لا يتعرض له أحد واباحة قتله عارض بسبب افساده بالقتال ألا ترى أن من لا يقاتل من الكفار كالذمي وذراري الحربي لا يجوز قتله لعدم الافساد والمقومة تحصل بالاحراز بالدار ألا ترى ان الذمي مع كفره متقوم بالاحراز ولا تأثير للاسلام في تحصيل العصمة لان الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الآخرة واذا كانت النفس معصومة بالآدمية فالمال يتبعها ليمكن من تحمل أعباء التكاليف وان خلق عرضة في الاصل لانه لا يقدر الا به فيكون معصوما بعصمته وأما العصمة المتقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت بالتماثل فيستمده ولا يتصور ذلك في النفس حقيقة بخلاف المال فكانت النفوس تابعة للاموال فيها ثم العصمة المقومة في الاموال لا تكون الا بالاحراز بالدار مع كونها أصلا فيها ففي النفس أولى لانها تبع فيها وليس فيما رواه ما يدل على ما قال لانهم عصموا أنفسهم بترك القتال ولهذا لم يعصموا به بغير تركه ونظيره أداء الجزية يعصم الكافر به نفسه على اعتبار أنه بترك الافساد عند أدائها والله أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (لا يمكن مستأمن فينا سنة وقيل له ان أقمت سنة وضع عليك الجزية) أى اذا دخل الحربي دار الاسلام بأمان لا يمكن أن يقيم فيها سنة ويقول له الامام ان أقمت سنة ... وضعت عليك الجزية والاصل فيه أن الكافر لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق أو جزية لانه يصير ضررا على المسلمين لكونه عينا لهم وعونا علينا ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعه قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات كلها ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع الى وطنه بعد مقالة الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه قال رحمه الله (فان مكث سنة فهو ذمي) لان الاقامة

(قوله ثم أوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة) فان قلت لا نسلم أن المراد من قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن الذى لم يهاجر الينا بل المراد منه الباغي فانه مؤمن من قوم عدو لنا والشافعي لا يوجب الدية في قتل الباغي أيضا قلت المراد منه هو الذى لم يهاجر بالنقل عن أئمة التفسير وقد دل اطلاق اسم العدو على ذلك لان العدو المطلق لنا هو الكافر لا الباغي فان الباغي ان كان من قوم عدو لنا من حيث الدنيا لكن من قوم أصدقاء لنا من حيث الدين والدار والكافر عدونا دينا ودارا اه

﴿فصل﴾ قوله (لكونه عينا لهم) العين جاسوس القوم كذا في الجمهرة والعون الظهير على الامر والجمع أعوان اه اتقاني وكتب ما نصه فيطلع على عورات المسلمين وينهي الخبر الى دارهم اه كافي (قوله الميرة) بكسر الميم وسكون الياء الطعام يمتاره الانسان فاما المئرة بالهمز فهي النميمة قال في الجمهرة وكل شئ جلبته من ابل وخيل وسائر ذلك من الحيوان للتجارة فهو جلب وهو بفتحتين اه اتقاني (قوله في المتن فان مكث ... جزية سنة) أى بعد تقدم الامام اليه أى قوله له ما يعتمد في ضرب الجزية عليه اه كمال قال الكمال قوله بعد تقدم الامام فيفيد ... اشتراط تقدم الامام في منعه العود اذا أقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو أقام سنتين من غير أن يتقدم اليه الامام فله الرجوع قيل والمبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال وينبغي للامام أن يتقدم اليه فيأمره الى أن قال فان لم يقدر الامام مدة فالمعتبر الحول

وليس بلازم لانه يصدق بقوله انا أقف طويلا منعتك من العود فان أقام سنة منعه وفى هذا اشترط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغى أن لا يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج فى اقتضائها الى مدة مديدة اه (قوله أو نكحت ذميا) قال فى الهداية واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية قال الاتقانى اعلم أنها اذا تزوجت ذميا تصير ذمية تجرى عليها أحكام أهل الذمة بعد ذلك من نحو المنع من الخروج الى دارهم وأخذ الخراج من أرضها وما شابه ذلك مما ذكرنا اه (قوله والمراد من وضع الخراج التزامه بمباشرة الزراعة) قال الاتقانى اعلم أنه لا يكون ذميا بمجرد الشراء والزراعة حتى لو باع الارض قبل وجوب الخراج لا يكون ذميا وبه صرح الكرخى فى مختصره وشمس الائمة البيهقى فى الشامل فى قسم المبسوط وانما يصير ذميا اذا وضع الخراج على الارض فيؤخذ منه الخراج لسنة مستقبلة من وقت وضع الخراج قال فخر الاسلام معنى قول محمد اذا وضع عليه الخراج أى وظف عليه لانه اذا وظف عليه فقد لزمه حكم يتعلق بالمقام فى دارنا فصار فى ضرورته أن يكون ذميا ثم قال فخر الاسلام وكذا لو لزمه عشر فى قياس قول محمد اذا اشترى أرضا عشرية يكون ذميا أيضا لانهما جميعا من مؤن الارض ولو اشترى الحربى أرض العشر صارت أرض خراج فى قول أبى حنيفة فيكون ذميا اذا أوجب عليه فيها الخراج وهى وأرض الخراج واحد فى قول أبى حنيفة كذا ذكر الكرخى فى مختصره أما اذا استأجر الحربى أرض خراج فزرعها وخراجها على صاحبها لا يكون ذميا الا اذا كانت أرضا بالمقاسمة بنصف ما يخرج فزرعها الحربى بقدرها فحكم الامام بالخراج عليه دون صاحب الارض يكون ذميا فيوضع عليه خراج رأسه ولا ينظر الى ملك الرجل بل الى وجوب الخراج ولهذا اذا ادعى الحربى أرض خراج بالمقاسمة فآجرها من مسلم أو ذمى فأخذ الخراج من المستأجر على ما رآه الامام فان الحربى لا يصير ذميا اه (قوله ومنعه الرجوع الى دار الحرب) أى وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا أتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه فى الاسواق ظلما

الجزية فتعتبر المدة من وقت التقدم اليه لا من وقت دخوله دار الاسلام وللامام أن يقدر له أقل من ذلك اذا رأى كالشهر والشهرين فاذا أقامها بعد ذلك صار ذميا وذكر فى النهاية معزيا الى المبسوط ما يدل على انه يصير ذميا عند اقامته فى دار الاسلام سنة وان لم يتقدم اليه الامام فانه قال اذا لم يقدر له الامام مدة فالمعتبر هو الحول لانه لابلاء العذر والحول حسن لذلك كما فى تأجيل العنين ثم اذا صار ذميا بمضى المدة المضروبة له استأنف عليه الجزية لحول بعده الا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذها منه فيأخذها منه حينئذ كما تمت السنة قال رحمه الله (فلم يترك أن يرجع اليهم كما لو وضع عليه الخراج أو نكحت ذميا لا عكسه) يعنى لا يترك أن يرجع الى دار الحرب بعدما مكث فى دارنا سنة كما لا يترك أن يرجع اليهم بعد ما وضع عليه الخراج أو اذا تزوجت الحربية ذميا لانها تصير بذلك ذمية لالتزامها المقام معه، لا عكسه وهو ما اذا تزوج الحربى ذمية لانه لا يصير بذلك ذميا لعدم التزامه المقام فى دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع اذا خرج الى دار الحرب واذا صار ذميا يمنع لان فى عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا علينا وبتوالده فى دار الحرب وقطع الجزية وقوله كما لو وضع عليه الخراج دليل على أنه لا يصير ذميا بشراء أرض الخراج حتى يوضع عليه الخراج ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشتراها وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من أحكام الاسلام والمراد من وضع الخراج التزامه بمباشرة الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشراء قد يكون للتجارة فلا يدلنا على التزامه أحكام الاسلام وأما الزراعة أو ترك الارض على ملكه الى أوان الخراج فدليل على التزامه أحكام الاسلام فيصير ذميا فيترتب عليه أحكام أهل الذمة من وجوب القصاص بقتله ومنعه الرجوع الى دار الحرب وسائر أحكام أهل الذمة وأول مدته من وقت الوجوب حتى اذا لزمه الخراج تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لصيرورته ذميا بلزومه وقوله أو نكحت ذميا دليل على انها تصير ذمية بنفس التزوج لان المرأة تابعة للرجل فى السكنى حتى كان له أن يسكنها حيث شاء وتصير مقيمة باقامته فتصير راضية بالمقام معه فى دارنا فتصير ذمية بمجرد التزوج وقوله لا عكسه أى لو تزوج حربى ذمية لا يصير ذميا لانعكاس الاحكام التى ذكرناها قال رحمه الله (فان رجع اليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمى أو دين عليهما حل دمه) أى الحربى المستأمن رجع الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمى أو دينا عليهما حل دمه بالعود الى دار الحرب لانه أبطل أمانه فعاد حربيا وما كان فى أيدى المسلمين أو الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام التناول لان حكم أمانه فى حق ماله لا يبطل قال رحمه الله (فان أسر أو ظهر عليهم فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيأ) أما الوديعة فلانها فى يده حكما لان يد المودع كيده تقديرا فتصير فيأ تبعا لنفسه فصار كما اذا كانت فى يده حقيقة وعن أبى يوسف انها تصير ملكا للمودع لان يده فيها أسبق فكان بها أحق وأما الدين فلان اليد عليه لا تكون الا بواسطة المطالبة وقد بطلت لبطلان مالكيته اذ مملوكيته بالاسر تنافى مالكيته الدين واذا لم يبق مملوكا له صار ملكا لمن عليه الدين لان يده أسبق اليه من يد غيره ولا طريق لجعله فيأ لان الفئ هو الذى يملك قهرا

وعدوانا اه فتح (قوله استيلاء عليه) أي على الدين اه (قوله فالكل فيء) أي غنيمة اه اتقاني وكتب ما نصه لان تباين الدارين قاطع العصمة لقوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم أما الزوجة وأولاده الكبار فلعدم التبعية بالبلوغ وأما الاولاد الصغار فلانهم لما لم يكونوا في يده لتباين الدارين لم يمكن أن يعتبروا مسلمين تبعا لابيهم فصاروا فيأ أيضا وكذا الجنين لانه تابع للام في الرق والحرية وكذا وديعته في دار الحرب لانه حين فارق دار الحرب كان المال مال حربي غير معصوم فلما أسلم في دارنا لم يحرزه فلم تثبت اليد عليها لا حقيقة ولا حكما فبقي المال غير معصوم فكان فيأ اه اتقاني (قوله وما أودعه عند مسلم الخ) قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا في أيديهم يكون فيأ لعدم النيابة وعند أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيأ الا ما كان غصبا عند حربي وبه قالت الائمة الثلاثة اه كاكي وقوله لعدم النيابة قال الاتقاني لان يد الغاصب ليست بصحيحة اه (قوله وهو أولاده الكبار) أي لا زوجته وأولادها الكبار حربيون وكذا ما في بطنها لانه تبع للام اه (قوله بخلاف ما اذا كان مودعا عند حربي) أي لان يده ليست بمحترمة فكانت فيأ اه (قوله فديته على عاقلته للامام) أي وعليه الكفارة اه هداية قوله وعليه الكفارة أي وانما وجبت الدية والكفارة لان ذلك حكم قتل المؤمن خطأ بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله والمستأمن لما أسلم صار من أهل دارنا فصار حكمه حكم سائر المسلمين اه اتقاني (قوله ليضعه في بيت المال) أي لعدم الوارث اه وكتب ما نصه لانها تكون ملكا له اه (قوله لو قتل عمدا يجب عليه القتل قصاصا) قال الاتقاني أما اذا كان القتل عمدا فالامام بالخيار ان شاء قتل القاتل وان شاء أخذ الدية اذا رضي القاتل بالدية وليس له أن يعفو أما وجوب القصاص فلقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وهذا لان السلطان ولي من ليس له ولي فكان له ولاية أخذ القصاص وأما الصلح على الدية فلما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما قتل رأى عبيد الله بن عمر الهرمزان وبيده خنجر فظن أنه هو الذي قتل عمر فقتله فلما ولي عثمان بن عفان قال علي بن أبي طالب لعثمان اقتل عبيد الله فقال عثمان كيف أقتل رجلا قتل أبوه أمس وأنا أقتله اليوم لا أفعل ولكن هذا الرجل من أهل الارض يعني ان هرمزان كان من أهل الحرب وأنا وليه أعفو عنه وأؤدي ديته ولان الدية أنفع للعامة من القود والحق للعامة والامام كالنائب عنهم فكان له أن يصالح على الدية وليس له أن يعفو بغير شيء لانه اصطناع المعروف في حق غيره وليس له ذلك وانما ولايته بطريق النظر ولا نظر في ابطال حق الغير بغير شيء اه

ولا يتصور ذلك في الدين لانه ليس بمال على التحقيق بل هو عبارة عن وجوب تمليك المال فلم يمكن الاستيلاء على مالكه استيلاء عليه ولو كان له رهن فعند أبي يوسف يأخذه المرتهن بدينه وقال محمد يباع ويوفى بثمنه الدين والفاضل لبيت المال قال رحمه الله (وان قتل ولم يظهر عليهم أو مات فقرضه ووديعته لورثته) لان حكم الامان باق لعدم بطلانه فيرد على ورثته لانهم قائمون مقامه بخلاف المسئلة الاولى لان نفسه لما كانت مغنومة تبعها ماله لان ما في يد مودعه كيده وهنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله فكأنه مات والمال في يده لما ذكرنا فان قيل ينبغي أن يكون ماله فيأ كما اذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب يكون فيأ فلا تكون يد المودع كيد المودع قلنا يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة في المستشهد بها لان دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك وفي هذه العصمة كانت ثابتة فيها وقت الايداع اذ دار الاسلام دار عصمة ولم يظهر على دارهم فتبقى على حالها معصومة فلا تزول بالشك قال رحمه الله (وان جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثمة) أي في دار الحرب (وولد) أي صغار وكبار (ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم ثم ظهر عليهم فالكل فيء) أما المرأة وأولاده وما في بطنها والعقار فلما بينا في باب الغنائم وأما أولاده الصغار فلان الصغير انما يتبع أباه ويصير مسلما باسلامه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتصور ذلك وأمواله لم تصر محرزة باحراز نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيأ وغنيمة ولو سبي الصبي في هذه المسئلة وصار في دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه لانهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قبل اخراجه الى دار الاسلام حيث لا يكون مسلما لما بينا من اختلاف الدارين ثم هو فيء على حاله لما ذكرنا وكونه مسلما لا ينافي الرق لما عرف في موضعه قال رحمه الله (وان أسلم ثمة) أي في دار الحرب (فجاءنا) أي الى دار الاسلام (فظهر عليهم) أي على أهل الحرب (فولده الصغير حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فيء) وهو أولاده الكبار والمرأة والعقار لانه لما أسلم في دار الحرب تبعه أولاده الصغار لاتحاد الدار واحراز ما في يده أو وديعة عند من ذكره لانه في يد صحيحة محترمة بخلاف ما اذا كان مودعا عند حربي على ما ذكرنا في باب الغنائم في حربي أسلم في دار الحرب ولم يخرج الى دار الاسلام لان حكم المسلمين واحد وما ثبت لدار الاسلام حصل فيهما في دار الحرب فكل حكم عرف في تلك فهو الحكم في هذه قال رحمه الله (ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو حربيا جاءنا بأمان فأسلم فديته على عاقلته للامام) لانه قتل نفسا معصومة متقومة فيجب بالنصوص الواردة في قتل الخطأ ومعنى قوله للامام ان الاخذ له ليضعه في بيت المال لانه نصب ناظرا للمسلمين وهذا من النظر قال رحمه الله (وفي العمد القتل أو الدية لا العفو) أي لو قتل عمدا يجب عليه القتل قصاصا أو

(قوله وكذا لو كان المقتول لقيطا) قال الاتقانى وأما اذا كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط أو غيره خطأ تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه لما قلنا واذا كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء الامام صالحه على الدية عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الدية فى ماله ولا أقتله من قبل أنى لا أعرف له وليا وجه قول أبى يوسف أنه لا يخلو عن ولى كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنية فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى ووجه قولهما قوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له فيكون السلطان وليه لان اللقيط لا ولى له اه قال الكمال لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا

الدية بالصلح ينظر فيه الامام فأيهما رأى أصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا لان تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له ابطال حق المسلمين بغير عوض وكذا لو كان المقتول لقيطا للامام أن يقتل القاتل عندهما خلافا لابى يوسف هو يقول المولود فى دار الاسلام لا يخلو عن الوارث غالبا وهو كالمتحقق أو يحتمل ذلك فكان فيه احتمال عدم الولاية للامام فكان فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ولهما أن الحق انما يثبت للولى بطريق قيامه مقام الميت نظرا للميت والمجهول الذى لا يمكن الوصول اليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح وليا فصار وجوده كعدمه فتنتقل الولاية الى السلطان أو الى العامة كما فى الارث ولا يقال تردد من له الحق يوجب سقوط القصاص كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لانا نقول السلطان هنا نائب عن العامة فصار الولى واحدا بخلاف مسئلة المكاتب والله أعلم

﴿باب العشر والخراج والجزية﴾

قال رحمه الله (أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية) أما أرض العرب فلانه عليه الصلاة والسلام والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولانه بمنزلة الفىء فلا يثبت فى أرضهم كما لا يثبت فى رقابهم وهذا لان الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها على الكفر كما فى سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف لقول عائشة رضى الله عنها آخر ما عهد الينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال لا تترك بجزيرة العرب دينان رواه أحمد وحدها طولا ما وراء ريف العراق الى أقصى صخر باليمن وعرضا من جدة وما والاها من الساحل الى حد الشام وأما ما أسلم أهله عليه أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين فلان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لان فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط فيه النية وأرفق لانه أخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج قال رحمه الله (والسواد وما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو فتح صلحا خراجية) لان عمر رضى الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بحضر من الصحابة رضى الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وأجمعت الصحابة رضى الله عنهم على وضع الخراج على الشام ولان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ حتى يجب عليه بالتمكن من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الاخراج وهو أكثر من العشر أيضا وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر لان العشر والخراج معلقان بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقى بماء العشر أو بماء الخراج والمراد بالانهار الانهار التى احتفرتها الاعاجم كنهر يزدجرد فتكون المسئلة اجماعية لان الانهار العظام كسيحون وجيحون فيها خلاف أبى يوسف ومحمد وقد ذكرناه فى الزكاة وكذا مر ذكره فى

ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج فى أرضه ورأسه وفى تفارقهما كثرة فأوردهما فى بابين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بقرب قريب ثم ذكر العرفية أيضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب فى الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من غلة الارض أو غلة الغلام وسمى به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والغراس وحدد الاراضى العشرية والخراجية أولا لانه حينئذ أضبط فقال اه (قوله لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) أى والارض لا تخلو من أحد الحقين فدل على انها عشرية اه اتقانى قال الاتقانى قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره أرض العرب كلها أرض عشر وهى أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية اه

قال الكمال والحجاز هو جزيرة العرب سمى جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمى حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد اه (قوله وحدها) أى حد أرض العرب اه (قوله حين فتح السواد) أى على يد سعد عنوة اه (قوله وأجمعت الصحابة رضى الله عنهم على وضع الخراج على الشام) قال الاتقانى وكذا وضعه على مصر أى وضع عمر الخراج على مصر حين افتتحت صلحا على يد عمرو بن العاص وكذا وضعه على الشام حين افتتح عمر بن الخطاب بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحا دون أراضيها وأما أراضيها فافتتحت عنوة على يد يزيد بن أبى سفيان وشرحبيل بن أبى حسنة وأبى عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد فأما أجنادين من الشام فقد افتتح صلحا فى خلافة أبى بكر رضى الله عنه اه (قوله وجيحون) أى ودجلة والفرات اه (قوله فيها خلاف أبى يوسف ومحمد) أى فعند محمد عشرى وعند أبى يوسف خراجى اه

(قوله فجعلنا وظيفته) أي وظيفة الماء اهـ من خط الشارح رحمه الله (قوله ثم أرض السواد مملوكة لأهلها عندنا) أي يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لأن الامام اذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقدمناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات اهـ كمال رحمه الله (قوله حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به) أي وان لم يكن الفناء ملكا له فلما كان كذلك وجب اعتبار الأرض المحياة بالحيز خراجيا كان أو عشريا اهـ اتقاني (قوله لاجماع الصحابة على ذلك) قال الكمال رحمه الله غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من حيز أرض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها كذلك اهـ (قوله وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق) قال في الهداية والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم قال الاتقاني وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في أكثر نسخ الفقه كالكافي للحاكم الشهيد والشامل وشرح الطحاوي وشروح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث وفخر الاسلام البزدوي وغير ذلك وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية أرطال وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما نسب الى الحجاج لانه أخرجه بعد ما فقدوا وانه يسع فيه ثمانية أرطال وهي أربعة أمناء على وفي قول أبي يوسف خمسة أرطال وثلث رطل وكذلك قال في خلاصة الفتاوى قلت هذا هو الصحيح لان محمدا ذكر في أول كتاب الخراج من الاصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزراعة ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال الى هنا لفظ محمد في الاصل ولان الحجاج كان يمن على أهل العراق بصاع عمر وصاع عمر هو صاع النبي صلى الله عليه وسلم فاذا كان صاع عمر هو الحجاجي الذي هو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف

هذا التفصيل في حق المسلم أما الكافر فيجب عليه الخراج من أي ماء سقى لأن الكافر لا يبتدأ بالعشر فلا يتأتى فيه التفصيل في حالة الابتداء اجماعا وانما الخلاف فيه في حالة البقاء فيما اذا ملك أرضا عشرية هل يجب عليه الخراج أو العشر أو العشران وقد ذكرناها في الزكاة ولا يقال اذا وضع الخراج على المسلم باعتبار الماء يكون ابتداء المسلم بالخراج وذلك غير جائز لانا نقول ليس هذا بابتداء وضع على المسلم بل الارض لما لم تتم الا بالماء اعتبر الماء المأخوذ من العدو فجعلنا وظيفته الخراج والمسلم اذا سقى أرضه به فقد التزم الخراج في حالة البقاء ومثله لا يمتنع بالاسلام ألا ترى أنه اذا اشترى الخراجية يؤدي خراجها لما قلنا وانما لم يوظف النبي صلى الله عليه وسلم على أراضي مكة مع انها فتحت عنوة وأقر أهلها عليها لان العرب لا يوضع على أراضيهم الخراج كما لا يوضع على رقابهم الجزية والرق على ما عرف في موضعه ثم أرض السواد مملوكة لاهلها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ليست بمملوكة لهم وانما هي وقف على المسلمين وأهلها مستأجرون لها لان عمر رضي الله عنه استطاب قلوب الغانمين فآجرها وقال أبو بكر الرازي هذا غلط لوجوه أحدها ان عمر لم يستطب قلوبهم فيه بل ناظرهم عليه وشاور الصحابة على وضع الخراج وامتنع بلال وأصحابه فدعا عليهم وأين الاسترضاء ثانيها أن أهل الذمة لم يحضروا والغانمين الى تلك الاراضي فلو كان اجارة لاشترط حضورهم ثالثها أنه لم يوجد في ذلك رضا أهل الذمة ولو كانت اجارة لاشترط رضاهم ورابعها أن عقد الاجارة لم يصدر بينهم وبين عمر ولو كانت اجارة لوجب العقد وخامسها أن جهالة الاراضي تمنع صحة الاجارة وسادسها ان جهالة المدة تمنع من صحتها أيضا وسابعها أن الخراج مؤبد وتأبيد الاجارة باطل وثامنها ان الاجارة لا تسقط بالاسلام والخراج يسقط عنده وتاسعها ان عمر قد أخذ الخراج من النخل ونحوه ولا يجوز اجارتها وعاشرها أن جماعة من الصحابة اشتروها فكيف يبيعون الارض المستأجرة وكيف يجوز لهم شراؤها قال رحمه الله (ولو أحيا أرضا مواتا يعتبر قربه) أي قرب ما أحياه فان كانت الى الخراج أقرب فهي خراجية وان كانت الى العشر أقرب فهي عشرية وهذا عند أبي يوسف لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر وقال محمد رحمه الله ان أحياها بماء الخراج كالانهار التي احتفرتها الاعاجم فهي خراجية والا فعشرية لما ذكرنا وهذا التفصيل في حق المسلم وأما الكافر فيجب عليه الخراج مطلقا قال رحمه الله (والبصرة عشرية) لاجماع الصحابة على ذلك والقياس أن تكون خراجية لانها فتحت عنوة وأقر أهلها عليها من جملة أراضي العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم وهذا يورد اشكالا على قول أبي يوسف رحمه الله حيث لم يعتبر فيها الحيز وليس هذا بظاهر لانه انما يعتبر الحيز في الاراضي المحياة لا في المفتوحة عنوة ثم الخراج على نوعين خراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب جزأ شائعا من الخارج كالربع والخمس ونحو ذلك وخراج وظيفة وهو أن يكون الواجب شيأ في الذمة يتعلق بالتمكن من الزراعة وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق

على مايجى • بيانه قال رحمه الله (وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفى جريب الرطبة خمسة دراهم وفى جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) لانه المنقول عن عمر رضى الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين ألف ألف جريب ووضعاه على نحو ماقلنا بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا ولان المؤن متفاوتة فيجب على أخفها الاكثر وعلى أشدها الاقل وعلى الوسط الوسط والجريب ستون ذراعا فى ستين ذراعا بذراع كسرى وانه يزيد على ذراع العامة بقبضة وقيل هذا جريب سواد العراق وفى غيرهم يعتبر على ماهو المتعارف عندهم والصاع أربعة أمناء والمن مائتان وستون درهما ويعطى الدرهم من أجود النقود وذكر فى النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان ان القفيز من الحنطة أو الشعير بلفظ التخيير وقال فى الكافى هو يكون من الحنطة وقال كذا فى كتاب العشر والخراج ثم قال وذكر فى موضع آخر ويكون هذا القفيز مما يزرع فى تلك الارض وهو الصحيح وما ليس فيه توظيف عمر رضى الله عنه مما سوى ماذكرنا كالزعفران والبستان يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا بما وضعه عمر رضى الله عنه ألا ترى أنه اعتبر الطاقة حيث قال لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقالا بل حملناها ماتطيق ولو زدنا لاطاقت قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين ولا يزاد عليه لان للاكثر حكم الكل قال رحمه الله (وان لم تطق ماوظف نقص بخلاف الزيادة) يعنى لاتجوز وان أطاقت لان قول عمر رضى الله عنه لعلكما حملتما الارض مالا تطيق وقولهما بل حملناها ماتطيق ولو زدنا لاطاقت يدل على جواز النقصان عند عدم الطاقة وعلى عدم جواز الزيادة عند الطاقة للزيادة لان مراد عمر رضى الله عنه أن ينقصه عند عدم الطاقة لما وضع فلولا أنه يجوز لما قصد ذلك وأخبراه بانها تطيق أكثر من ذلك ولم يزد فلو كان جائزا لزاد ثم الحاصل فى هذا أنه لايجوز الزيادة على ماوظفه عمر رضى الله عنه فى سواد العراق لانه خلاف اجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وما وظفه امام آخر فى أرض فتحها هو كتوظيف عمر رضى الله عنه فى العراق لانه باجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ولو أراد أن يوظف ابتداء على أرض بقدر طاقتها

يقدر عمر الخراج بالصاع الهاشمى الذى ليس صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا قال أبو يوسف فى كتاب الخراج تصنيفه حدثنى السرى عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجى وهو الصاع الى هنا لفظ أبى يوسف فى كتاب الخراج فعلم ان فيما ذكره صاحب الهداية والنافع مقيدا بالهاشمى نظرا والصاع الهاشمى اثنان وثلاثون رطلا اه ماقاله الاتقانى قوله قلت هذا أى ماذكره الولوالجى من أنه ثمانية أرطال اه وقوله قال عامر هو الشعبى اه (قوله ولان المؤن متفاوتة) هى جمع مؤنة يعنى أن تفاوت المؤن له أثر فى تفاوت الواجب ألا ترى أن الواجب فيما سقى سيحا من الارض العشر بتمامه هو العشر وما سقى بغرب أو دالية أو سانية نصف العشر لما ثبت هذا قلنا لما كان مؤنة الكرم أخف وريعه أكثر كان الواجب فيه أعلى وهو عشرة دراهم وهذا لانه يبقى دهرا مديدا مع قلة المؤنة ومؤنة الزرع أثقل فجعل الواجب فيه أدنى وهو قفيز ودرهم وهذا لان الزرع يحتاج فيه الى الكراب والقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة ومؤنة الرطاب بين بين لانه لايحتاج الى القاء البذر فى كل عام ولا تذريه فيها أصلا وتدوم أعواما لكن ليس كدوام الكرم فكان الواجب فيها بين الامرين وهو خمسة دراهم اه اتقانى (قوله فيجب على أخفها) أى الكرم اه (قوله وعلى أشدها) أى المزارع اه (قوله وعلى الوسط) أى الرطاب اه (قوله أمناء) جمع منا لغة فى المن اه (قوله بلفظ التخيير) أى بأو اه (قوله والبستان) أى من أرض الخراج وقالوا البستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار اه اتقانى (قوله حيث قال) أى لحذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف اه (قوله لما كان لنا أن نقسم) يعنى لما ظهرنا عليهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أموالهم فاذا قاطعناهم كان التنصيف عين الانصاف اه كى (قوله فى المتن وان لم تطق ماوظف) قال فى المصباح وطمت عليه العمل بوظيفة اقدرته اه (قوله ولو أراد أن يوظف ابتداء على أرض بقدر طاقتها الخ) قال الاتقانى رحمه الله فى شرح الطحاوى أجمعوا على أنها اذا كانت لاتطيق قدر خراجها الموضوع نقص وأخذ منها قدر ماتطيق وذلك لان المعتبر هو الطاقة بالاثر بيانه فيما قال فى خلاصة الفتاوى بقوله فان كانت الارض لاتطيق أن يكون الخراج خمسة دراهم بان كان الخارج لايبلغ عشرة دراهم يجوز أن ينتقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج أما اذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجى فى فتاواه أجمعوا أن الزيادة على وظيفة عمر رضى الله عنه فى سواد العراق وفى بلدة وظف الامام عليها الخراج لايجوز فاما فى بلدة أراد الامام أن يبتدئها بالتوظيف قال أبو يوسف لايزيد وقال محمد يزيد وعن أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف وجه قول محمد أن النقصان عند قلة الريع جائز فينبغى أن يجوز زيادة التوظيف عند زيادة الريع ووجه قول أبى يوسف أن عمر رضى الله عنه لم يزد فى التوظيف فلو جاز لزاد ألا ترى الى قول حذيفة وعثمان بن حنيف ولو زدنا لاطاقت وقال فى المختلف فى خلاف أبى يوسف مع محمد لاتجوز الزيادة على الخراج الموظف بتوظيف الامام وان أطاقت الارض وقال محمد يجوز وهذا يرد دعوى الاجماع من مدعيه اه

(قوله جاز عند محمد) أي وأحمد ومالك والشافعي في قوله اه كي (قوله في المتن أو أصاب الزرع آفة) من الحر والبرد أو نحو ذلك اه اتقاني (قوله فلا يعذر في التقصير) قال الاتقاني بخلاف ما اذا عطلها وهو متمكن من الزراعة حيث يكون الخراج دينا في ذمته لتعلق الخراج بالنماء التقديري حينئذ ألا ترى أن رجلا لو استأجر بيتا أو حانوتا فعطله المستأجر فعليه الاجر فلو لم يتمكن من الانتفاع بأن غصبه غاصب أو نحو ذلك لا يجب الاجر وذكر أبو الليث هنا سؤالا وجوابا في شرح الجامع الصغير فقال فان قيل لو استأجر رجل أرضا يزرعها فاصطلمت الزرع آفة فانه يجب عليه الاجر قيل الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع ولا يجب عليه بعد ذلك وليس الاجر بمنزلة الخراج لان الخراج وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم تخرج الارض شيأ جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم يخرج قال الولوالجي وخراج الوظيفة والمقاسمة لا يسقط بهلاك الخارج بعد الحصاد لانه واجب في الذمة بسبب الخارج وقبل الحصاد يسقط لانه غير واجب في الذمة بخلاف الزكاة لانها واجبة في المال لا في الذمة اه قال قاضيخان في باب الاجارة رجل استأجر أرضا ليزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت كان عليه الاجر كأنه قد زرع ولو غرقت الارض قبل أن يزرعها فلا شيء عليه وكذا لو غصبها رجل وزرعها لا أجر على المستأجر ولو كانت في يد المستأجر فلم يزرعها حتى مضت السنة كان عليه الاجر وكذا لو زرع البعض ولم يزرع البعض اه قال في المبسوط وان زرعها فأصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج منه لانه مصاب فيستحق المعونة وان أخذناه بالخراج كان فيه استئصال ومما جد من سير الاكاسرة أنهم كانوا اذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خزائنهم ما أنفقوا في الارض ويقولون التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح فان لم نرد عليه شيأ فلا أقل من أن لا يؤخذ منه الخراج وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر دينا في ذمته فاما الخراج فانه صلة واجبة باعتبار ريع الارض فلا يمكن ايجابها بعدما اصطلم الزرع آفة لانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها اه قال في الخلاصة في كتاب الاجارات والمالك وفي المزارعة الصغيرة رجل استأجر أرضا ليزرعها فزرعها فأصابت الزرع آفة فهلك أو غرقت الارض ولم تنبت فعليه الاجر ولو غرقت قبل أن يزرعها فلا أجر عليه قال في المحيط والفتوى على أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع الا اذا تمكن من اعادة زرع مثله أو دونه في الضرر بالارض وكذا لو منعها غاصب لان في المسئلة الاولى يمكنه أن يزرع آخر وان غرقت قبل ذلك لا يمكنه أن يزرع ولو قبض الارض ولم يزرعها حتى مضت السنة يجب عليه تمام الاجر اه قال الولوالجي في كتاب الاجارة في الفصل الاول رجل استأجر أرضا ليزرعها فزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق فلم ينبت فعليه الاجر تاما لانه قد زرع هكذا في واقعات الناطفي ولو غرقت قبل أن يزرعها فلا أجر عليه لانه لم يتمكن من الانتفاع اه ثم قال الولوالجي بعد هذا ما نصه اذا استأجر أرضا للزراعة سنة ثم اصطلم الزرع آفة قبل مضي السنة فما وجب من الاجر قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب بعد الاصطلام يسقط لان الاجر انما يجب بازاء المنفعة شيأ فشيأ فما استوفى من المنفعة وجب عليه الاجر وما لم يستوف انفسخ العقد في حقه فيسقط الاجر فرق بين هذا وبين الخراج فانه اذا زرع أرضا خراجية فأصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج لانه لم يسلم له النماء حقيقة ولا اعتبارا الا ان الفوات ما كان من جهته حتى يصير سالما اعتبارا فكان سبب وجوب الخراج ملك أرض نامية حولا كاملا إما حقيقة أو اعتبارا فاذا فات النماء في مدة الحول ظهر أن الخراج لم يكن واجبا وقد ذكرنا قبل هذا على خلاف هذا والاعتماد على هذه الرواية اه ما قاله الولوالجي

زيادة على ما وظفه عمر جاز عند محمد لانه انشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم وعند أبي يوسف لا يجوز وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان خراج التوظيف مقدر شرعا واتباع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين فيه واجب لان المقادير لا تعرف الا توقيفا والتقدير يمنع الزيادة لان النقصان يجوز اجماعا فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة قال رحمه الله (ولا خراج ان غلب على أرضه الماء أو انقطع أو أصاب الزرع آفة) أما في الفصلين الاولين فلفوات النماء التقديري المعتبر في الخراج وهو التمكن من الزراعة في كل الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط وأما الثالث فلانه اذا وجد الاصل الذي كان التمكن قائما مقامه سقط الخلف وتعلق الحكم بالاصل فاذا هلك بطل ما تعلق به وصار كالعشر في هذه الحالة فيسلم بسلامة الخارج ويبطل بهلاكه وعلى هذا لو منعه انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لانه لم يتمكن من الزراعة والتمكن شرط فيه وقالوا في الاصطلام انما يسقط عنه اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الارض ثانيا وأما اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام أيضا أن يذهب كل الخارج أما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي أقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف عين الانصاف على ما مر قال رحمه الله (وان عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب) أي يجب الخراج في هذه الصور أما اذا عطلها صاحبها فلأن التمكن كان ثابتا وهو المعتبر في هذا الباب فلا يعذر في التقصير هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة

والمالك متمكن من الزراعة ولم يزرعها وأما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له وان شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال وأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وقال فى النهاية هذا بلا خلاف لانه الحاق الضرر بالواحد لاجل العامة وعن أبى يوسف انه يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى أخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس بالدعاوى الباطلة بأن يقول كانت هذه الارض قبل هذا كيت وكيت لشئ هو أحسن مما فيها افتسد هذا حتى لا ينفتح لهم باب الظلم وأما اذا أسلم صاحب الارض الخراجية فلان الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة فى حالة البقاء فيبقى على المسلم وعقوبة فى الابتداء فلا يبتدأ المسلم به ولان الخراج من أثر الكفر فجاز بقاؤه على المسلم كالرق بخلاف الجزية لان الرأس لا مؤنة فيه فيسقط والارض لا تخلو عن مؤنة فلو سقط الخراج لاحتجنا الى ايجاب شئ آخر من المؤن ولان فى الجزية صغارا أيضا فلا تبقى أبعد الاسلام بخلاف الخراج وقد روى ان جماعة من الصحابة رضى الله عنهم اشتروا الارض الخراج وأدوا خراجها فدل على بقائه على المسلم وجواز شرائه وأدائه من غير كراهة وأما اذا اشترى المسلم أرض الخراج فلما بينا ثم ان بقى من السنة مقدار ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع قال رحمه الله (ولا عشر فى خارج أرض الخراج) وقال الشافعى رحمه الله يجب فيه العشر مع الخراج لانهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا فان الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج يجب فى الذمة والعشر فى الخارج ويجب الخراج بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخراج فى مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب أحدهما لا ينافى الآخر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما فصار اجماعا عملا وكفى بهم قدوة ولان الخراج يجب فى أرض فتحت عنوة وقهرا وأقر أهلها عليها والعشر فى أرض أسلم أهلها عليها طوعا أو قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان فى أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهى الارض النامية الا أنه يعتبر فى العشر تحقيقا وفى الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض والاضافة تدل على الاختصاص وهو بالسببية وكل واحد منهما مؤنة أرض نامية ولا يجتمع وظيفتان بسبب أرض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع العشر أو الخراج حتى لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد رحمه الله معه فيه لاختلاف محلهما لان العشر محله الخارج وكذا الخراج لكن فى أحدهما حقيقة وفى الآخر تقديرا والزكاة محلها مال التجارة وهى الارض فلا تنافى بينهما كدين ثمن الارض معهما بخلاف العشر والخراج لان محلهما واحد على ما بينا قلنا ان العشر والخراج مؤنة الارض النامية ولهذا يضافان اليها وكذا الزكاة وظيفة المال النامى وكذا العشر والخراج واحد وهو الارض النامية وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الارض مع أحدهما لان الدين يجب للعبد والعشر والخراج لله تعالى فلا يتنافيان بل يجتمعان وان كانا بسبب ملك مال واحد ثم اذا ثبت أنهما لا يجتمعان كان العشر أو الخراج أولى من الزكاة بالوجوب لانهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان بعذر الصبا والجنون والرق وهما أسبق وجوبا من الزكاة فتترك على حالها ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج فى سنة لان عمر رضى الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق كونه عشرا الا بوجوبه فى كل الخارج والله أعلم

(قوله ولو انتقل الى أخس مما كان يزرعها من غير عذر) أى يكن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم اه كاكى (قوله فعليه خراج الاعلى) قال الولوالجى فى فتاواه ولو غرس حربى من أرضه كرما فلم يطعم سنين كان عليه كل سنة قفيز ودرهم لان وظيفة هذه الارض قبل الغرس قفيز ودرهم فى كل جريب فتبقى كذلك ما لم يؤخذ منه خراج الكرم وان أدركت خارجا يبلغ قيمته عشرين درهما فصاعدا أخذ منه عشرة دراهم لانه صار كرما صورة ومعنى اه اتقانى (قوله فيعتبر مؤنة فى حالة البقاء) قال الاتقانى اعلم أن الارض الخراجية تبقى على حالها خراجية بعد اسلام صاحبها ولا تتغير الى العشر لان عمر رضى الله عنه وضع على أهل السواد الخراج ثم أسلموا فبقى الخراج كما كان اه (قوله فيبقى على المسلم) أى لانه أهل لالتزام المؤنة اه (قوله الارض الخراج) كذا بخط الشارح اه (قوله بخلاف العشر لانه لا يتحقق الخ) قال الحاكم فى الكافى ولا يؤخذ خراج الارض فى السنة الا مرة وان أغلها صاحبها مرات والقدوة فى هذا الباب عمر رضى الله عنه لانه لم يوجب الخراج مكررا وينبغى أن يكون هذا فى الخراج الموظف لان خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ويكون ذلك فى الخارج قال فى شرح الطحاوى فلما كان حكمه حكم العشر والعشر يجب فى كل خارج فكذلك خراج المقاسمة اه اتقانى

﴿فصل﴾ لما فرغ عن ذكر خراج الارض شرع في خراج الرؤس وهو الجزية وقدم خراج الارض لقوته لانه يجب في أرض الكفار اذا فتحت أسلموا أو لم يسلموا وخراج الرأس لا يجب بعد الاسلام أو لانه ذكر في الباب المتقدم العشر والخراج والعشر مقدم على خراج الرأس لان فيه معنى القربة وهو أيضا مما يبتدأ به على المسلم فقدم خراج الارض أيضا لان سببهما واحد وهو الارض النامية اهـ اتقاني (قوله نجران) قال الاتقاني ونجران بلاد أهلها نصارى كذا في الصحاح والمغرب اهـ وفي المصباح ونجران بلدة من بلاد همدان من اليمن قال البكري سميت باسم بانيها نجران بن زيد بن يشجب بن يعرب بن قحطان اهـ (قوله حلة) والحلة ازار ورداء كذا قالوا اهـ اتقاني (قوله المعافر) قال في المغرب ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر وعليه حديث معاذ أو عدله معافر أي مثله بردا من هذا الجنس ومعافير بزيادة الياء ومعافري بالضم ومعافري غير منون كله لحن اهـ (قوله اذا لم توضع بالتراضي) قال الكاكي ويستحب للامام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير اهـ (قوله وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما) قال الاتقاني ثم تفاوت مقدار الجزية على حسب تفاوت الطبقات مذهبنا وقال مالك الجزية أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعون درهما على أهل الورق وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه كذا قال فخر الاسلام وعند الشافعي دينارا واثنا عشر درهما يستوي في ذلك الغني والفقير له ما روى صاحب السنن عن معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ولاه اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم يعني محتلم دينارا أو عدله من المعافري ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة ابن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا أرضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا الى عمر أخبراه بذلك وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان كذلك ثم علي كذلك ولا يقال انه كان بالتراضي والصلح ولا كلام لنا فيه وكلامنا اذا وظف عليهم المال بغير رضاهم لانا نقول لا نسلم لان السواد فتح عنوة لا صلحا والمعقول أن الجزية حق يبتدأ به الكافر فوجب فيه التفاوت كما في خراج الارض والجواب عن حديث الشافعي فنقول ذلك ليس بحجة علينا لان أهل اليمن كانوا أهل فاقة فعلى المعسر عندنا اثنا عشر درهما ودينارهم في ذلك الوقت كان اثني عشر درهما يدل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح عن ابن عيينة عن ابن أبي نجيح قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار قلت هذا هو الوجه الصحيح في معنى معاذ وقد قال بعض أصحابنا هو محمول على ما وقع الصلح عليه اهـ (قوله حالم) أي بالغ ولا فرق بين الغني والفقير اهـ وكتب ما نصه يعني محتلم اهـ (قوله قال لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا) أي أو عدله معافر اهـ هداية والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافر ثوب منسوب الى معافر بن مر ثم صار اسما للثوب بغير نسبة كما ذكر في المغرب اهـ كاكي وكتب ما نصه قال الكاكي وحديث معاذ منقطع ذكره البيهقي اهـ (قوله ولانها وجبت نصرة) أي خلفا عن النصرة التي فاتت بالاصرار على الكفر لان من هو في دار الاسلام فعليه القيام بنصرته اهـ دراية (قوله والمال ونفسه لا يصلح) أي لميلهم الى أهل الدار المعادية فيشوشون علينا في الحرب فيؤخذ منهم المال اي الجزية خلفا عن النصرة بالنفس والمال ولهذا صرفت الى المقاتلة دون الفقراء وضربت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال اذا كانوا مسلمين فتختلف

﴿فصل في الجزية﴾ قال رحمه الله (الجزية لو وضعت بتراض وصلح لا يعدل عنها) لانها تتقرر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب يؤدونها وعارية ثلاثين درعا وثلاثين فرسا وثلاثين بعيرا وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم الحديث رواه أبو داود وكانوا نصارى وهم أول من أعطى الجزية من أهل الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن ان على كل انسان منكم دينارا كل سنة أو قيمته من المعافر رواه الشافعي في مسنده قال رحمه الله (والا يوضع على الفقير المعتمل في كل سنة اثنا عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه) يعني اذا لم توضع بالتراضي بل وضعت بالقهر بان غلب الامام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه الحالة اثنا عشر درهما يؤخذ منه في كل شهر درهم وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما يؤخذ منه في كل شهر درهمان وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنى ثمانية وأربعون درهما يؤخذ منه في كل شهر أربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلي والصحابة متوافرون ولم ينكر عليهم أحد منهم فصار اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يضع الامام على كل حالم دينارا لما روينا قلنا كان ذلك بالصلح ولفظه يدل عليه فانه قال ان على كل انسان منهم دينارا ولم يجب على الكل الا بالتراضي والصلح وأما الجزية التي يضعها الامام ابتداء فليس له أن يضع الا على الرجال والذي يدل على ذلك ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا وهذا تصريح بأنها كانت بالصلح لان الحالمة لا يؤخذ منها الا بالصلح ولانها وجبت نصرة على المقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لان نصر الدين واجب بالنفس والمال ونفسه لا تصلح بخلاف

باختلاف حالهم في الفقر والغنى اعتبارا بأصل النصرة اه كاكي (قوله وكثرة الوفر) قال الاتقاني والوفر في اللغة المال الكثير وأراد هنا
مطلق المال فلو قال بكثرة المال كان أولى اه (قوله والفقير المعتمل) قال الاتقاني والمعتمل الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة اه
قال الكمال والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا
لا يجب عليه شيء أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض اه (قوله في المتن وتوضع على كتابي) أما أهل الكتاب فجائز
ضرب الجزية عليهم مطلقا سواء كانوا من العرب أو من العجم فلاجل هذا ذكر أهل الكتاب مطلقا حتى يشمل الفريقين اه اتقاني (قوله
فقال ما أدري كيف أصنع في أمرهم فقال له عبد الرحمن الخ) قال أبو يوسف في كتاب الخراج حدثنا بعض الشيخة عن جعفر بن محمد عن
أبيه قال ذكر لعمر بن الخطاب قوم يعبدون النيران ليسوا بيهود ولا نصارى ولا أهل (٢٧٧) كتاب فقال عمر ما أدري ما أصنع بهؤلاء

المال فيجب على التفاوت أو نقول إنها بدل عن النصرة ببدنهما والنصرة بهما تتفاوت بقوة النفس وكثرة الوفر فالفقير ينصر راجلا والمتوسط راكبا والفائق يركب ويركب غلامه فكذا بدله ثم ذكر في المبسوط أن الفائق في الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج إلى العمل ولا يمكن أن يقدر بشيء في المال بتقدير فإن ذلك يختلف باختلاف البلدان والاعصار ففي العراق من ملك خمسين ألفا لا يعد متوسط الحال وفي ديارنا من ملك عشرة آلاف يعد غنيا فيجعل ذلك موكولا إلى رأي الامام والمتوسط الذي له مال لكنه لا يستغني بماله عن الكسب والفقير المعتمل هو الذي يكسب أكثر من حاجته وذكر في النهاية معزيا إلى الايضاح لو مرض الذمي السنة كلها أو أقلها يقدر أن يعمل وهو موسر لا يجب عليه خراج رأسه لما ذكرنا أنه يجب على الصحيح المعتمل وكذا لو مرض أكثرها إقامة للاكثر مقام الكل وكذا لو مرض نصف السنة ترجيحا لجانب الاسقاط في العقوبة ذكره في الاختيار قال رحمه الله (وتوضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي) لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس وروي عن عمر رضي الله عنه أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر رواه أحمد والبخاري وجماعة أخر وروي أن عمر ذكر المجوس فقال ما أدري كيف أصنع في أمرهم فقال له عبد الرحمن بن عوف أشهد أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة أهل الكتاب رواه الشافعي رحمه الله وهو دليل على أنهم ليسوا من أهل الكتاب وعن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه قال لعامل كسرى أمرنا نبينا صلى الله عليه وسلم أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله تعالى وحده لا شريك له أو تؤدوا الجزية رواه أحمد والبخاري وكانوا عبدة الاوثان وفيه خلاف الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا ولانه يجوز استرقاقهم فكذا وضع الجزية عليهم لانه استرقاق معنى إذ به يلحقه الصغار والذل ويؤدي كسبه للمسلمين ونفقته في كسبه وأي رق يكون أعظم من ذلك قال رحمه الله (لا عربي ومرتد) أي لا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا على المرتد لتغلظ كفرهما أما مشركو العرب فلانه عليه الصلاة والسلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم أظهر لانهم كانوا أعرف بمعانيه ووجوه الفصاحة فغلظ عليهم قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون وأما المرتد فلانه كفر بربه بعدما رأى محاسن الاسلام وبعدما هدي إليه فلا يقبل من الفريقين إلا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة في حقهم وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وذراريهم فيء لانه عليه الصلاة والسلام كان يسترق ذراري مشركي العرب وأبو بكر استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم وكانوا مرتدين ومن لم يسلم من

فقام عبد الرحمن بن عوف فقال أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال سنوا بهم سنة أهل الكتاب إلى هنا لفظ أبي يوسف في كتاب الخراج اه اتقاني قال في السنن قال ابن عباس فأخذ الناس بقول عبد الرحمن بن عوف يعني في قبول الجزية من المجوس اه اتقاني (قوله وفيه خلاف الشافعي) ذهب الشافعي رحمه الله إلى أن الجزية لا توضع على عبدة الاوثان من العجم كما لا توضع على عبدة الاوثان من العرب اه وكتب ما نصه هو يقول إن القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي ما وراءهم على الاصل اه هداية (قوله ولانه يجوز استرقاقهم) أي عبدة الاوثان من العجم اه

(قوله فكذا وضع الجزية عليهم) أي كالكتابي اه (قوله ويؤدي كسبه للمسلمين ونفقته) أي وإن ظهر عليهم أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك أي قبل وضع الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية اه كاكي (قوله في المتن لا عربي ومرتد) أي سواء كان من العجم أو العرب ولا خلاف في المرتد اه كاكي (قوله لا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب) قيد بعبدة الاوثان من العرب لما أن الجزية توضع على أهل الكتاب منهم ذكره في جامعي فخر الاسلام وشمس الائمة لان قوله تعالى حتى يعطوا الجزية لم يفصل اه كي (قوله تقاتلونهم أو تسلمون) أي إلى أن يسلموا والآية في عبدة الاوثان من العرب اه كي (قوله وإذا ظهر عليهم) أي على مشركي العرب والمرتدين اه كي (قوله وكانوا مرتدين) أي وقسمهم بين الغانمين حتى وقع في سهم علي الحنفية فولد منها محمد بن الحنفية اه كاكي

رجالهم من الفريقين قتل ولم يسترق لما ذكرنا وكفر المرتد أغلظ من مشركي العرب ولهذا تجبر نساء المرتدين وذراريهم على الاسلام ولا تجبر نساء عبدة الاوثان من العرب وذراريهم على الاسلام قال رحمه الله (وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط) أي لا توضع على هؤلاء الجزية لانها خلف عن النصرة وعقوبة ولا تجب عليهم النصرة بالقتال ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد أو برأ المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا توضع عليهم لان المعتبر أهليتهم وقت الوضع اذ الامام يخرج فى تعرف حالهم فيضع على من هو أهل فى ذلك الوقت والا فلا بخلاف الفقير اذا أيسر بعد الوضع حيث يوضع عليه لانه أهل الجزية وانما سقطت عنه لعجزه وقد زال ذكره فى الاختيار قال رحمه الله (وتسقط بالاسلام والموت) أي الجزية وقال الشافعي لا تسقط بهما بعد مضي السنة لانها استقرت فى ذمته بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد حيث لا يسقطان بالاسلام ولا بالموت ولنا أنها وجبت عقوبة على الكفر أو بدلا عن النصرة ولا تبقى العقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا يقيمها بعد الموت وقد قدر بالاسلام على النصرة ببدنه فلا يجب عوضها وبالموت عجز عن الاسلام فلا يجب الخلف اذ شرطه تصور الاصل والعصمة تثبت بكونه آدميا على ما بيناه وهو يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدلهما ولا يرد علينا

(قوله ولهذا تجبر نساء المرتدين الخ) قال الاتقاني قالوا ان نساء المرتدين وصبيانهم يجبرون على الاسلام وتفسيره الحبس ثلاثة أيام أو الى الاسلام وسيجيء فى باب المرتدين أما صبيانهم فانما يجبرون تبعا لآبائهم حيث يجبر آباؤهم وأما نساؤهم فانما يجبرن لسبق الاسلام منهن بخلاف نساء مشركي العرب وصبيانهم لانهم لا جبر على آبائهم فكذا على صبيانهم وكذا على نسائهم لانه لم يسبق منهن الاسلام اه (قوله فى المتن ومكاتب) أي ومدبر وأم ولد اه هداية (قوله فى المتن وأعمى وفقير) أي وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف أنه يجب اذا كان له مال لانه يقتل فى الجملة اذا كان له رأي اه هداية (قوله فى المتن وراهب لا يخالط) قال فى الهداية ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكره هنا وذكر محمد رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف ووجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها وصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل اه (قوله وقال الشافعي لا تسقط بهما الخ) وهكذا الخلاف لو عمي أو صار مقعدا أو زمنا أو شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو صار فقيرا لا يقدر على شيء وبقي من الجزية عليه شيء يسقط عندنا خلافا لهم اه دراية (قوله لانها استقرت فى ذمته بدلا عن العصمة) أي التي تثبت للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي اه فتح (قوله أو عن السكنى) أي فى دار الاسلام كما هو قول له آخر اه فتح (قوله وقد وصل اليه المعوض) أي وهو حقن دمه وسكناه الى الموت أو الى الاسلام اه (قوله والصلح عن دم العمد) أي فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه اه فتح (قوله حيث لا يسقطان بالاسلام) يعني ان كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون فى معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كالاجرة وان كانت بدلا عن العصمة تكون فى معنى بدل الصلح عن الدم وذلك لا يسقط بالاسلام والموت اه (قوله أو بدلا عن النصرة) فان قلت لا نسلم أن الجزية بدل عن النصرة ألا ترى أن الامام لو استعان بأهل الذمة سنة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا لسقطت قلت انما لم تسقط لانه يلزم حينئذ تغير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة فى الرق حق الذمي المال دون النفس فان قلت الجزية حق مالي وجب على الكافر على كفره فوجب أن لا يسقط بالاسلام كخراج الارض قلت خراج الرأس فيه صغار بالنص ولهذا لا يوضع على المسلم أصلا بخلاف خراج الارض فانه ليس فيه صغار ولهذا يؤخذ فى أرض خراجية للمسلم فافترقا اه اتقاني رحمه الله (قوله والعصمة الخ) جواب عن قوله وجبت بدلا عن العصمة أو السكنى بيانه أن الآدمي خلق معصوما محقون الدم لكونه مكلفا لانه لا يتأتى له القيام بأمور التكليف الا بكونه معصوما وانما بطلت عصمته بعارض الكفر ثم لما أسلم عادت العصمة فصارت العصمة بدلا بقبول الجزية والذمي يملك موضع السكنى بشراء أو غيره من أسباب الملك فلا يجوز ايجاب البدل عليه لسكناه فى موضع مملوك له فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة والاجارة يشترط فيها التأقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت فى السكنى دل أن الجزية ما كان بسبيل الاجرة اه اتقاني قال الكمال ولنا ما أخرجه أبو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال أبو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا أسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني فى معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس فى سند الطبراني فهذا العموم يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ عدم الجزية ابتداء على المسلم من ضروريات الدين فالاخبار به من جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها فى حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية

الرق حيث يبقى بعد الاسلام لانه فى حالة البقاء ليس بعقوبة وانما هو من الامور الحكمية حتى يسرى الى الولد تبعا بخلاف الجزية قال رحمه الله (والتكرار) أى تسقط بالتكرار ومعناه اذا لم تؤخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد لا تسقط وتؤخذ منه جزية سنتين وهو قول الشافعى رحمه الله لانها عوض والاعواض لا تسقط بمضى الزمان فصار كخراج الارض بخلاف ما اذا أسلم على قولهما لانه بعد الاسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذى شرعت هى فيه وهو الصغار لان المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر ولابى حنيفة رحمه الله تعالى أنها عقوبة وجبت على الكفر تؤخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعثها على يد غلامه أو نائبه لا يمكن من ذلك فى أصح الروايات بل يكلف أن يحضر بها بنفسه فيعطى واقفا والقابض منه قاعد وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له أعط الجزية يا ذمى والعقوبات الواجبة لله اذا تراكمت تداخلت اذا كانت من جنس واحد كالحدود ألا ترى أن كفارات الافطار تتداخل وان كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التى ليس فيها معنى العبادة أولى ولانها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا وكلاهما يوجب السقوط لان القتل يكون فى حراب قائم فى الحال وكذا النصرة تكون فى المستقبل دون الماضى لانه مستغنى عنه فلا يتصور فيه التكرار والكثرة ولهذا لو مات عند تمام السنة أو قبل التمام لا تؤخذ منه وخراج الارض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا لانه يجب مؤنة الارض فانما مقام العشر ولهذا لا يجتمعان والعشر يتكرر فكذا هذا وفى الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه فحمله بعض المشايخ على المضى مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع ويتداخل والاصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وأنه مجرى على حقيقته فيتحقق الاجتماع بمجرد المجىء وظاهر قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون يدل على ذلك لان الله تعالى جعل الاعطاء غاية ينتهى اليه القتل ويجب ترك القتل فى أول السنة ولا ينتظر فيه الى حولان الحول فكذا الاعطاء وهذا لانها وجبت لاسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ولان المعوض قد سلم لهم للحال فوجب عليهم العوض كذلك ولا يمكنهم القياس على خراج الارضين لانه فى مقابلة الانتفاع بالارض فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الاجرة ولا تلزمنا الزكاة لانها انما وجبت فى آخر الحول ليتحقق النماء اذ هى لا تجب الا فى المال النامى قال رحمه الله (ولا تحدث بيعة ولا كنيسة فى دارنا) لقوله

بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة فذاك والا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال فى خراج الارض لانه مؤنة الارض كى تبقى فى أيدينا والمسلم من يسعى فى بقائها للمسلمين بخلاف الجزية فانها اذل على ظاهر المذهب وأما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فلانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص اهـ (قوله لانها عوض والاعواض لا تسقط) قال الكمال وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتصل منها أعواضا خلاف ما تقدم وأنه بقول الشافعى اليق فان أريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة تم عليها وجه قول أبى حنيفة القائل والعقوبات تتداخل اهـ (٢٧٩) (قوله بخلاف ما اذا أسلم على قولهما) أى أو مات قبل استكمال السنة أو بعدها اهـ (قوله وهو الصغار) أى والعقوبات الواجبة للبقاء على الكفر وبالموت وصل الى العقاب الاكبر فلا حاجة الى الادنى قال تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون اهـ اتقانى رحمه الله (قوله وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه) التلبيب بالفتح ما على موضع اللبب من ثيابه واللبب موضع القلادة من الصدر والهز التحريك وفى شرح الطحاوى تؤخذ منه الجزية بطريق الاستخفاف له حتى يصفع أيضا حالة الاخذ اهـ معراج الدراية (قوله وخراج الارض قيل على هذا الخلاف) أى فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى اهـ فتح (قوله فالعشر) بالفاء فى خط الشارح وفى الكافى بالواو وهو أولى اهـ (قوله وأنه مجرى على حقيقته) أى على حقيقة المجىء وهو الدخول اهـ كاكى (قوله فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الاجرة) أى فلهذا لم تجب بأول الحول اهـ (قوله فى المتن ولا تحدث بيعة) لما فرغ عن بيان ما يجب على أهل الذمة من الجزية شرع فى بيان متعبداتهم ما يجوز منها وما لا يجوز اهـ (قوله ولا كنيسة) الكنيسة معبد اليهود والبيعة معبد النصارى قيل فى وجه المناسبة فى الجمع بين الخصاء والكنيسة فى الحديث ان الخصاء نوع ضعف ليس فى الفحل وكذا بناء الكنيسة فى دار الاسلام يورث الضعف فى الاسلام أو فى الخصاء تغيير عما عليه أصل الخلقة وكذا فى بناء الكنيسة تغيير عما عليه بناء دار الاسلام اهـ معراج الدراية قال الاتقانى الكنيسة لمتعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمتعبدهم مطلقا الا أن الاستعمال غلب فى الكنيسة لمتعبد اليهود وفى البيعة لمتعبد النصارى اهـ

(قوله لاخصاء) الخصاء بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه أى نزع خصيتيه والاختصاء فى معناه خطأ ذكره فى المغرب اه كاكى قوله والمد على فعال مصدر خصاه أى من باب رماه اه اتقانى (قوله ويعاد المتهدم من الكنائس والبيع القديمة) قال الاتقانى رحمه الله والمراد من القديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحتهم على اقرارهم على بلدهم وأراضيهم ولا يشترط أن يكون فى زمن الصحابة والتابعين لامحالة اه اتقانى وقوله القديمة أى على قدر البناء الاول ويمنع من الزيادة على البناء الاول اه قاضيخان (قوله وقيل يمنعون فى كل موضع لم تشع) قال صاحب الهداية والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة أن الذى روى عن أبى حنيفة من عدم المنع عن احداث البيعة والكنيسة فى القرى فى قرى الكوفة لاقرى بلادنا لان أكثر أهلها كانوا أهل الذمة فلم تكن قراها موضع تنفيذ الاحكام لغلبتهم فلم يرد المنع من الاحداث بخلاف قرى بلادنا فان (٢٨٠) أهل الذمة فيها معدودون فمنعوا من الاحداث اه اتقانى قال فى الفتاوى الصغرى اذا أرادوا احداث البيع والكنائس فى الامصار يمنعون بالاجماع وأما فى السواد ذكر فى العشر والخراج أنهم يمنعون وفى الاجارات أنهم لا يمنعون واختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ يمنع وقال الفضلى ومشايخ بخارى لا يمنع وذكر شمس الائمة السرخسى فى باب اجارة الدور والبيوت من شرح الاجارات الاصح عندى أنهم يمنعون عن ذلك فى السواد وذكر هو فى السير الكبير فقال ان كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون وأما القرية التى سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على نحو ما ذكرنا وهل تهدم البيع القديمة فى السواد على الروايات كلها لا أما فى الامصار ذكر فى الاجارات أنه لا تهدم البيع القديمة بل تترك وذكر فى العشر والخراج أنها تهدم قال الناطفى فى الواقعات قال محمد ليس ينبغى أن تترك فى أرض العرب كنيسة ولا بيعة ولا بيت نار اه (قوله وفى أرض العرب يمنعون من ذلك كله) أى فى امصارها وقراها اه هدايه وكتب ما نصه فلا تحدث بها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمنعون من السكنى فلا فائدة فى اقرارها الا أن تتخذ دار سكنى ولا تباع بها خمر ولا فى قرية منها ولا فى ماء من مياه العرب اه فتح (قوله ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكنا) بخلاف أمصار المسلمين التى ليست فى جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف فى ذلك اه كمال وكتب على قوله من اتخاذها ما نصه أى أرض العرب اه وكتب على قوله مسكنا ما نصه أى ووطنا اه (قوله ويميز الذمى عنا فى الزى) قال فى المصباح والزى بالكسر الهيئة وأصله زوى اه (قوله وصيانة لضعفة المسلمين يقينا) أى فربما يغترون بجمالهم فيقولون ان الكفار أحسن حالا منا فانهم فى خفض عيش ونعمة ونحن فى كد وتعب اه فتح وحاصل هذا ان أهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كى لا يعامل معاملة المسلم من التوقير والاجلال وذلك لا يجوز واذ وجب التميز وجب أن يكون فيه صغار

عليه الصلاة والسلام لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة أى لا يخصى إخصاء يقال خصاه يخصيه خصاء على فعال بمعنى الاخصاء وقيل هو المراد بقوله تعالى ولآمرنهم فليغيرن خلق الله وقيل المراد به التبتل والعزلة والامتناع عن النساء كما يفعله رهبان النصارى فكأنه خصاء معنى والمراد بالنهى عن الكنيسة احداثها أى لا تحدث فى دار الاسلام كنيسة فى موضع لم تكن فيه وبيت النار كالكنيسة قال رحمه الله (ويعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة) لانه جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بترك الكنائس فى امصار المسلمين ولا يقوم البناء دائما فكان دليلا على جواز الاعادة ولان الامام لما أقرهم عهد اليهم الاعادة لان الابنية لا تبقى دائما ولا يمكنون من نقلها الى موضع آخر لانه احداث فى ذلك الموضع فى الحقيقة والصومعة بمنزلة الكنيسة لانها تبنى للتخلى للعبادة كالكنيسة بخلاف موضع الصلاة فى البيت لانه تبع للسكنى وهذا فى الامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها شعائر الاسلام فلا يعارض باظهار ما يخالفها ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنازير وضرب الناقوس خارج الكنيسة فى الامصار لما قلنا ولا يمنعون من ذلك فى قرية لا تقام فيها الجمع والحدود وان كان فيها عدد كثير لان شعائر الاسلام فيها غير ظاهرة وقيل يمنعون فى كل موضع لم تشع فيه شعائرهم لان فى القرى بعض الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها من شعائر الكفر والمروى عن أبى حنيفة كان فى قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل الذمة وفى أرض العرب يمنعون من ذلك كله ولا يدخلون فيها الخمر والخنازير ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكنا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال فى مرضه الذى مات فيه أخرجوا المشركين من جزيرة العرب رواه أحمد والبخارى ومسلم وعن عمر رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع فيها الا مسلما رواه أحمد ومسلم والترمذى وصححه وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال لا يترك بجزيرة العرب دينان وعن أبى عبيدة بن الجراح أنه قال آخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجوا يهود أهل الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب رواهما أحمد وأجلى عمر اليهود والنصارى من أرض الحجاز بما رواه البخارى قال رحمه الله (ويميز الذمى عنا فى الزى والمركب والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالاكف) اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين يقينا لان من عرض ضعف اليقين

لاإعزاز لان اذلالهم واجب بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة وكذا الوأمر وابالكستيجات اهـ كمال (قوله سقفا من فضة) تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل اهـ فتح (قوله فيعامل معاملة المسلمين) أى ويجوز أن يموت الذمى بغتة فى الطريق فاذا لم يكن به علامة يصنع به ما يصنع بموتى المسلمين والاحتراز عن مثل ذلك واجب اهـ اتقانى (قوله ولا يمكنون من لبس زنانير الابريسم) قال الكمال واذا منعوا من شد زنار وهو حاشية رقيقة من الابريسم فمنعهم من لباس الثياب الفاخرة التى تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرفيعة أولى ولا شك فى وقوع هذا فى هذه الديار ولا شك فى منع استكتابهم وادخالهم فى المباشرة التى يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف أو قربا منه ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى أرض قرية ونحوها أو كان مريضا أى الا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل فى مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح وتضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط اهـ وكتب على قوله زنانير ما نصه الزنار للنصارى وزان تفاح والجمع زنانير اهـ مصباح (قوله وهو

اذا رآهم يتقلبون فى النعم والمسلمين فى محنة وشدة يخاف أن يميل الى دينهم واليه وقعت الاشارة بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الآية وحكاية قارون مع الضعفة من قوم موسى عليه السلام معروفة ظاهرة ولان المسلم يوقر والذمى يحقر ويضيق عليه الطريق ولا يبدأ بالسلام فلو لم يكن له علامة يميز بها لما وقع التفرقة بينهما فيعامل معاملة المسلمين وأول من أخذ أهل الذمة بالعلامة عمر رضى الله عنه لكثرة الناس فى أيامه فرأى انه لم تقع التفرقة بين المسلم والكافر الا بالعلامة وقال عليه الصلاة والسلام أينما دار عمر فالحق معه ولم يأمر عليه الصلاة والسلام يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بالعلامة لانهم كانوا معروفين وحالهم لا يشتبه على أحد فلا يحتاجون الى العلامة ولا يركبون الخيل لانهم ليسوا من أهل الجهاد ولا يلبسون طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا أردية مثل أرديتهم ولا كل لباس يختص بأهل العلم والزهد والشرف وان ركبوا الضرورة من سفر ونقل مريض نزلوا فى مجامع المسلمين ولا يمكنون من لبس زنانير الابريسم ولا يمنعون من الكستيج وهو الخيط الغليظ ويؤمر بتمييز نسائهم عن نساء المسلمين فى الطريق والحمام وتجعل على دورهم علامة كيلا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة قال رحمه الله (ولا ينتقض عهده بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبى صلى الله عليه وسلم) وقال الشافعى ينتقض أمانه بالسب لانه ينقض الايمان فكذا الامان بل أولى لانه دونه وهو خلف عنه ولنا أن يهوديا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال أصحابه عليه الصلاة والسلام نقتله يا رسول الله قال لا رواه البخارى وأحمد فلم ينقض عليه السلام عهده ولم يقتله فيكون حجة عليه وعلى مالك فى وجوب القتل بسب النبى صلى الله عليه وسلم ولان السب كفر منه فالكفر المقارن لا يمنع العهد فكذا الطارئ لا يرفعه وهذا لان ما ينتهى به القتال التزام الجزية وقبولها لا أداؤها

الخيط الغليظ) أى فى غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه اهـ فتح (قوله كيلا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة) أى أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون اهـ فتح (قوله فى المتن ولا ينتقض عهده الخ) ذكر الشارح رحمه الله فى باب البغاة ان أهل الذمة اذا أعانوا أهل البغى على القتال حكمهم حكم أهل البغى حتى لا يجوز استرقاقهم ولا أخذ أموالهم لان عهدهم لا ينتقض به اهـ (قوله لانه ينقض الايمان) يعنى على

(٣٦ - زيلعى ثالث)

تقدير أنه لو كان مسلما كان سب النبى صلى الله عليه وسلم ينقض ايمانه اهـ (قوله فيكون حجة عليه وعلى مالك فى وجوب القتل بسب النبى عليه الصلاة والسلام) أى ان لم يسلم وبه قال أحمد فى رواية والشافعى فى قول اهـ كاكى قال فى الهداية ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلما أو زنى بمسلمة أو سب النبى صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده قال الكمال فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا وقيد بادائها لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده ثم قال الكمال والذى عندى أن سبه عليه الصلاة والسلام أو نسبة ما لا ينبغى الى الله تعالى (١) ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى وتقدس عن ذلك اذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذى هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لانه عند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافى قيد كون قبول الجزية رافعا القتل لانه الغاية فى التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالمسلمين والاسلام فلا يكون جاريا على العقد الذى يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا وهذا البحث منا يوجب أنه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار مستمرا عليه حل للامام قتله أو يرجع الى الذل والصغار اهـ قالوا اذا طعن الذمى فى دين الاسلام طعنا ظاهرا جاز قتله لان العهد معقود معه على أن لا يطعن فاذا طعن فقد نكث عهده وخرج من الذمة ذكره حافظ الدين النسفى فى تفسير قوله تعالى وان نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم اهـ

---

(١) قوله ان كان مما لا يعتقدونه الخ هكذا فى الاصل وفى المقام سقط يظهر بادنى تامل اهـ مصححه

(قوله أو بالغلبة على موضع) أى أو قرية أو حصن اه فتح (قوله فى المتن وصاروا كالمرتد) أى فى الحكم عوتهم بالحاق لانهم التحق بالاموات اه كمال (قوله ولان المقصود من كل واحد منهما أن يرجع الى ما كان عليه) قال الكمال واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التى خلفها فى دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته اه قال الاتقانى أما اذا التحقت هى معه بدارهم ثم عادا الى دارنا فهما على نكاحهما لعدم تباين الدارين اه (قوله وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد) أى اذا حمل ماله الى دار الحرب اه (قوله فللمالك القديم أن يأخذه مجانا) أى قبل القسمة اه (قوله أو بعوض) أى بعد القسمة لان الملك لهم حين أخذه اه فتح (قوله فى المتن ويؤخذ من تغلبى وتغلبية الخ) والاصل فيه ماذكر أبو يوسف فى كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبى أنه قال لعمر بن الخطاب رضى الله عنه يا أمير المؤمنين إن بنى تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت مؤنتهم فان رأيت أن تعطيهم شيأ فافعل قال فصالح عمر على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم فى النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصرانى من بنى تغلب له غنم سائمة فليس فيها شئ حتى تبلغ أربعين فاذا بلغت أربعين سائمة ففيها شاتان الى عشرين ومائة فاذا زادت شاة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك البقر والابل اذا وجب على المسلم شئ فى ذلك فعلى النصرانى التغلبى مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم فى الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شئ وكذلك أرضوهم التى كانت فى أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين فاما الصبى والمعتوه فأهل العراق يرون أن يؤخذ ضعف الصدقة من أرضه ولا يؤخذ من ماشيته وأهل الحجاز يقولون يؤخذ ذلك من ماشيته وسبيل ذلك سبيل الخراج لانه بدل من الجزية ولا شئ عليهم فى بقية أموالهم ورقيقهم والخراج هذا لفظ أبى يوسف فى كتاب الخراج اه اتقانى قوله ولا شئ عليهم فى بقية أموالهم ورقيقهم يريد به اذا لم يمروا على عاشر أما اذا مروا بمال على العاشر فانه لابد أن يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين والله الموفق قال فى الهداية فى باب من مر على العاشر ولو مر الصبى أو امرأة من بنى تغلب بمال فليس على الصبى شئ وعلى المرأة ما على الرجل كما ذكرنا فى السوائم اه وهو يؤيد ما قلناه والله الموفق اه وكتب ما نصه أفرد أحكام نصارى بنى تغلب بفصل لان حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب من بنى غالب من العرب من ربيعة تنصروا فى الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر الى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضى الله عنه فى طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء اه كمال (قوله فى المتن ومولاه كمولى القرشى) يعنى لا تؤخذ الجزية والخراج من القرشى وتؤخذ من مولاه فكذلك ههنا اه

وهو باق فلا ينتقض قال رحمه الله (بل بالالتحاق ثمة أو بالغلبة على موضع للحراب) أى بل ينتقض العهد بالالتحاق بدار الحرب أو بالغلبة على موضع للحراب لانهم صاروا ابذلك حربا علينا فلا يفيد بقاء العهد بعد ذلك لان المقصود من عقد الذمة دفع الفساد بترك القتال قال رحمه الله (وصاروا كالمرتد) أى وصاروا بالتحاقهم بدار الحرب أو بالغلبة صاروا كالمرتد فى حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم التحقوا بالاموات بتباين الدارين غير أنهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام لان كفر المرتد أغلظ فأوجب الزيادة فى العقوبة ولان المقصود من كل واحد منهما أن يرجع الى ما كان عليه فباسترقاق الذمى يحصل المقصود منه وهو دفع فساده وحرابه بذلك بخلاف المرتد لان المقصود منه الاسلام فلا يحصل باسترقاقه فصار كمشركى العرب والمال الذى لحق به دار الحرب يكون فيأ وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد بخلاف ما اذا رجع الى دار الاسلام بعدما لحق بدار الحرب وأخذ شيأ من ماله ولحق به دار الحرب حيث يكون لورثته أن يأخذوه لانه حين التحق بدار الحرب ملكوه فللمالك القديم أن يأخذ ماله مجانا أو بعوض على ما بينا وقوله بل بالالتحاق ثمة الخ يفيد اختصاص ما ينتقض به العهد حتى لو قال نقضت بالقول لا ينتقض ذكره فى المحيط قال رحمه الله (ويؤخذ من تغلبى وتغلبية) بالغين المعجمة (ضعف زكاتنا) وقال زفر والشافعى لا يؤخذ من نسائهم لانه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر رضى الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النساء كما لا جزية على الصبيان ولنا أن عمر رضى الله عنه صالحهم على ضعف الزكاة بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير والزكاة تجب على النساء دون الصبيان فكذا ضعفها والنساء أهل لوجوب المال بالصلح والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية فلا يلزم من صرفه فيه أن يكون جزية وكيف يكون جزية وشرائطه من وصف الصغار وعدم قبوله من النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا وأخذ التلبيب والهز لا يراعى فيه قال رحمه الله (ومولاه كمولى القرشى) أى فى حق عدم التبعية للمولى فانه ما لا يقبه ان مولاه ما فى الجزية

والخراج حتى يوضعا عليهما وان كان القرشي والتغلبي لا يوضعان عليهما وقال زفر رحمه الله يضاعف على مولى التغلبي لانه ملحق بمولاه لقوله عليه الصلاة والسلام فان مولى القوم منهم ولهذا حرمت الزكاة على مولى الهاشمي ولنا أنه لو التحق بالمولى هنا كان تخفيفا اذ التضعيف أخف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا يلحق بالاصل في التخفيف ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم اذا كان كافرا ولو ألحقه فيما وضع عليه بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي في حقها بالهاشمي ولان الاصل أن لا يلحق المولى بأصله على ما بينا من مولى المسلم وغيره ولكن ورد الحديث في حرمة الصدقة وهو ما روى أن أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنبي صلى الله عليه وسلم أتحل لي الصدقة قال عليه الصلاة والسلام لا أنت مولانا ومولى القوم منهم وما ورد على خلاف القياس لا يلحق به ما ليس في معناه وليس هذا في معناه لانه كان لاظهار فضيلة قرابته عليه الصلاة والسلام وفضيلة من ينتمي اليهم ألا ترى أن مولى الغني لا يلحق بأصله في حرمة الصدقة اذ لا يوازي الهاشمي في استحقاق هذه الكرامة أو لان الغني أهل لان يأخذ الصدقة وانما منعه منه غناه ولم يوجد في حق المولى ذلك المعنى فجاز له الاخذ قال رحمه الله (والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة وذراريهم) لانه مأخوذ بقوة المسلمين فيصرف الى مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين فكان الصرف اليهم تقوية للمسلمين ولو لم يعطوا لاحتاجوا الى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين ونفقة الذراري على الآباء فيعطون كفايتهم كيلا يشتغلوا بها عن مصالح المسلمين ولا خمس في ذلك لانه عليه الصلاة والسلام لم يخمس الجزية ولانه مال أخذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة لانها مأخوذة بالقهر والقتال فشرع الخمس فيها لا بدل على شرعه في الآخر ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة اذا مروا عليه ومال أهل نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف الى مصالح المسلمين لما ذكرنا ثم اعلم أن ما يجيء الى بيت المال أنواع أربعة أحدها هذا الذي ذكرناه مع مصرفه والثاني الزكاة والعشر ومصرفهما ما ذكرهم الله تعالى في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية وهم سبعة أصناف وقد ذكرناهم في كتاب الزكاة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكرهم الله تعالى في قوله فأن لله خمسه الآية وقد ذكرناهم في أوائل كتاب السير والرابع اللقطات والتركات التي لا وارث لها وديات مقتول لا ولي له ومصرفها اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم وتكفن به موتاهم وتعقل به جنايتهم وعلى الامام أن يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه ببعض لان لكل نوع حكما يختص به فان لم يكن في بعضها شيء فللامام أن يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه الى أهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض منه الا أن يكون المصروف من الصدقات أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد فيه شيأ لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره اذا صرفه الى المستحق ويجب على الامام أن يتقي الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فان قصر في ذلك كان الله عليه حسيبا قال رحمه الله (ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء) يعني ومن مات ممن يقوم بمصالح المسلمين كالقضاة والغزاة ونحوهم لا يستحق من العطاء شيأ والعطاء اسم لما يصرف اليهم لانه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج واسم العطاء ينبئ عن الصلة وانما قال مات في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرفه الى قريبه لانه قد أوفى عناءه فيصرف اليه ليكون أقرب الى الوفاء ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل تمام السنة قيل يجب رد ما بقي من السنة وقيل على قياس قول محمد في نفقة الزوجة يرجع وعندهما لا يرجع هو يعتبره بالانفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة والله أعلم

(قوله ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم) يعني لو كان لمسلم مولى نصراني ثم إنه وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى اليه التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى اهـ

(قوله بخلاف حرمة الصدقة) أي على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات اهـ فتح

(قوله لا يلحق بأصله في حرمة الصدقة) أي في الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملا عليها أعطي كفايته منها اهـ فتح

(قوله في المتن ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء) أي وأما المدرس والامام والمؤذن اذا مات في أثناء السنة أو عزل وقد باشر مدة فانه لا يحرم نص عليه الطرسوسي في أنفع الوسائل في مسئلة غلة الوقف وبسط الكلام هنالك فليراجع والله الموفق اهـ

(قوله ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل) أي أو مات اهـ

(قوله فان أسلم جعل كأن لم يزل مسلما) أي في حق هذا الحكم اه هداية قيد به لان في احباط عمله من الطاعات كلها وفي وقوع الفرقة بينه وبين امرأته وفي فرضية تجديد الايمان لم يكن ارتداده كأن لم يكن بل حبط عمله اه كاكي وقوله في حق هذا أي وهو زوال الملك اه (قوله فلم يعمل السبب) أي السبب المزيل للملك وهو الردة اه كاكي (قوله فان مات أو قتل في ردته) أي ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان حكم الحاكم باللحاق مثل موته كما سيأتي اه (قوله وقال الشافعي كلاهما فيء) أي وبه قال مالك وأحمد اه كاكي (قوله وهذا لان الردة هلاك) أي موت حكما لا حقيقة ولهذا تعتد امرأة المرتد بثلاث حيض لا بأربعة أشهر وعشر لان زوجها حي حقيقة اه

ويرجى عوده اليه لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في أمره فان أسلم جعل كأن لم يزل مسلما فلم يعمل السبب عمله فان مات أو قتل في ردته استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه وانتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء عملا بالدليلين وعندهما كلاهما لورثته المسلمين ان فضل من الدين وقال الشافعي كلاهما فيء لان المسلم لا يرث الكافر لا سيما المرتد فانه لا يرث أحدا فوجب أن لا يرثه أحد كالرقيق وهذا لان اتحاد الملة سبب الارث واختلافها سبب الحرمان وهذا لا يرثه موافقه فمخالفه أولى فاذا انتفت الوراثة وهي مال حربي لا أمان له فيكون فيئا للمسلمين ولنا أنه كان مسلما مالكا لماله فاذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو مات مسلما وهذا لان الردة هلاك الا أن عامه بالموت والقتل فاذا تم استند التوريث الى أول الردة وقد كان مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم اذ الحكم عند تمام سببه يثبت من أول السبب كالبيع بشرط الخيار اذا أجيز ثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق لما ذكرنا فينتقل الى ورثته بموته فيستند الى ما قبيل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن استناد كسب الردة الى ما قبل الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كأن الكسب موجود وله أن استناد التوريث الى أول الردة في كسب الاسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن استناد التوريث في كسب الردة لعدمه عندها ومن شرط الاستناد أن يكون موجودا عنده فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه أنه يرثه من كان وارثا له وقت ردته وبقي كذلك الى وقت موته أو قتله أو القضاء بلحاقه حتى لو مات وارثه قبله أو حدث له وارث آخر بعد ارتداده بعتق أو اسلام أو علوق حادث لا يرث لان السبب لا يعتبر الا في حق من انعقد له ويشترط بقاؤه الى وقت تمام السبب لانه أوان الاستحقاق به كما في البيع الموقوف حيث يشترط فيه بقاء المبيع والمتعاقدين وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة ولا يبطل بعرته أو بشيء آخر قبل موت المرتد لان ردته في حكم الموت فلا تعتبر الا عندها وروى محمد عنه أنه يعتبر كونه وارثا عند موت المرتد أو قتله أو القضاء بلحاقه وهو الاصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالموجود عند ابتداء السبب ألا ترى أن الزيادة التي تحدث من المبيع قبل القبض تجعل كالموجود عند ابتداء العقد حتى اذا قبضه مع الاصل صار له حصة من الثمن وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق وهي في العدة لانه صار فارا بالردة اذ الردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت فيتعلق حقها بماله وينبغي أن ترث على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه اذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق بعد انقضاء عدتها وارتد قبل الدخول بها لانه يشترط أن يكون وارثا الا عند الردة في تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت والمرتدة لا يرثها زوجها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية قد انقطعت بالارتداد الا أن

(قوله كالبيع بشرط الخيار) أي للمشتري أو للبائع كما يأتي في باب الرجوع عن الشهادة وفي كتابة العبد المشترك اه (قوله أو القضاء بلحاقه) قال الاتقاني فلا يرث الوارث اذا ارتد بعد ردة أبيه قبل موته على هذه الرواية اه (قوله وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة) وهذا قول زفر كذا في الشامل قال الكرخي في مختصره من كان من الورثة حرا مسلما يوم ارتد فله الميراث ومن كان من ورثته كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يقتل أو أسلم الكافر بعد الردة قبل القتل فلا ميراث له لانه لم يكن وارثا يوم ارتد ولو كان وارث المرتد مسلما يوم ارتد فارتد الوارث بعد ردة أبيه قبل أن يقتل أو يموت أو يلحق بدار الحرب أو بعد ذلك قبل أن يحكم بلحاقه فله الميراث لانه كان وارثا يوم ارتد ولا يعتبر بما حدث بعد ذلك وهذا قول أبي حنيفة واعتمده وعلى هذه الرواية حيث لم يذكر لابي حنيفة قولا آخر في مختصره اه (قوله ولا يبطل) أي استحقاقه اه (قوله فلا تكون تعتبر الا عندها) أي ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه وهذا مثله اه دراية (قوله أو قتله أو القضاء بلحاقه) أي سواء كان موجودا عند الردة أو حدث بعدها اه كاكي (قوله لانه صار فارا بالردة) أي وان كان صحيحا وقت الردة اه (قوله لانها سبب الموت) وهذا يعضد قول محمد فان عنده ينفذ تصرفه كما ينفذ من المريض أما اذا كان وقت الردة مريضا فلا اشكال فيه كذا في الفوائد الظهيرية اه كاكي (قوله والمرتدة لا يرثها) أي والمرأة المرتدة ترث من زوجها المرتد في قولهم جميعا والرجل المسلم يرث من امرأته المرتدة اذا ماتت قبل انقضاء العدة استحسانا ولا يرث قياسا وهو قول زفر ولزوج المرتدة أن يتزوج بأختها وأربع سواها

تكون مريضة فيرثها لان حقه تعلق بمالها في مرضها فتصير فارة بالارتداد كتقبيلها ابن الزوج أو فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوه ويرثها أقاربها جميع مالها حتى الكسب في ردتها لانه لاحراب منها فلم يوجد سبب الفئ بخلاف المرتد عند أبي حنيفة على ما بينا قال رحمه الله (وان حكم بلحاقه عتق مدبره وأم ولده وحل دينه) لأنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام أهل الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت الا أنه لا يستقر لحاقه الا بحكم الحاكم لاحتمال أن يعود الينا فلا بد من القضاء وفيه خلاف الشافعي بناء على أنه لا تختلف الدار عنده اذ الدنيا كلها دار واحدة ونحن قد بينا المعنى فيه فاذا ثبت أنه موت ثبتت أحكام الموتى من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين الذي عليه فيقضى كل دين من الكسب في تلك الحالة من الردة والاسلام على ما تقدم لان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار سببه الذي وجب فيه الدين فيقضى كل دين من الكسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم هذه رواية أبي حنيفة وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام في قضاء الدينين فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة لان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق الميت فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى دينه به كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذا هذا وعنه أنه يبدأ بكسب الردة فان لم يف بذلك يقضى من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقدما لحقه وعندهما تقضى ديونه منهما لان الكل ملكه حتى يجرى الارث فيهما ويعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال أبو يوسف يعتبر وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الذي ذكرنا وبطلت عنها العدة لانها صارت كالموتى ولا عدة على الاموات ولزوجها أن يتزوج أختها وأربعا سواها من ساعته لانعدام العدة عليها كالميتة وان عادت مسلمة أو سبيت لم ينتقض نكاح الأخت والاربع لان نكاحها لا يعود ولها أن تتزوج من ساعتها لعدم العدة عليها ولو ولدت في دار الحرب لاقل من ستة أشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج وان كان لاكثر لا يثبت ويسترق الولد تبعا لها وكذا يجبر على الاسلام لما قلنا قال رحمه الله (ويوقف مبايعته وعتقه وهبته فان أمن نفذ وان هلك بطل) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز تصرفه في الوجهين لان صحة التصرف تعتمد الاهلية وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت ولو زال الملك لزال الى ورثته ولم يقل به أحد ولهذا لا تنفذ تصرفاتهم في ماله ألا ترى أنه لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر فصاعدا من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة يرثه ولو مات ولده قبل حكم القاضي بلحاقه لا يرثه فدل على قيام ملكه فيصح تصرفه وينفذ ثم اختلفا فيما بينهما فعند أبي يوسف يصح مثل ما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ولا يجعل كالمشرف على الهلاك وعند محمد رحمه الله يصح كما يصح من المريض لانه لا يرجع الى الاسلام ظاهرا فيقتل لان من انتحل الى نحلة قل ما يتركه لاسيما اذا كان معرضا عما نشأ فيه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة أنه حربي

اذا لحقت بالدار كأنها ماتت فان رجعت الى دار الاسلام بعد ذلك مسلمة لا يفسد نكاح أختها واذا ارتدت المعتدة ولحقت بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقها بطلت عدتها لتباين الدارين وانقطاع العصمة كأنها ماتت فان رجعت بعد ذلك الينا مسلمة قبل انقضاء مدة العدة أو الحيض قال أبو يوسف لا تعود معتدة وقال محمد تعود معتدة كما كانت اه قاضيخان رحمه الله وكتب ما نصه تحقيقه أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس ثبوتا وسقوطا فبارتداد الرجل تسقط عصمة النفس لكونه حربا علينا فيقتل وتسقط عصمة المال أيضا تبعا لها فيكون كسب الارتداد أيضا فيأ عند أبي حنيفة كمال حربي مقهور في أيدينا أما ارتداد المرأة فلا تسقط به عصمة النفس لانها لا تقتل لعدم الحراب فلا تسقط عصمة المال أيضا لان كسبها في الردة ميراث بين ورثتها المسلمين ككسبها في الاسلام اه اتقاني (قوله لاحراب منها) معنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذا لا تزول عصمة مالها فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثا لورثتها بخلاف المرتد عند أبي حنيفة فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال أو في المآل باللحاق اه كاكي ﴿فرع﴾ قال قاضيخان رحمه الله ولا يجوز استرقاقه بعدما لحق بدار الحرب مرتدا ثم أخذه المسلمون أسيرا ويجوز استرقاق المرتدة بعدما لحقت بدار الحرب اه (قوله في المتن ويوقف مبايعته وعتقه وهبته) أي وكتابته وقبض الديون والاجارة والوصية اه اتقاني رحمه الله (قوله لانها لا تقتل) أي فلهذا كانت عقود المرتدة كلها جائزة الا مفاوضتها فانها موقوفة ان أسلمت صحت والا صارت عنانا كما قالا في المرتد كذا قال الامام الاسبيجابي اه اتقاني رحمه الله ﴿فرع﴾ أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة وعند الشافعي لا تقع الفرقة الا بقضاء القاضي اه قاضيخان رحمه الله

(قوله فان أسلم جعل كأن لم يزل مسلما) أي في حق هذا الحكم اه هداية قيد به لانه في احباط عمله من الطاعات كلها وفي وقوع الفرقة بينه وبين امرأته وفي فرضية تجديد الايمان لم يكن ارتداده كأن لم يكن بل حبط عمله اه كاكي وقوله في حق هذا أي وهو زوال الملك اه (قوله فلم يعمل السبب) أي السبب المزيل للملك وهو الردة اه كاكي (قوله فان مات أو قتل في ردته) أي ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان حكم الحاكم باللحاق مثل موته كما سيأتي اه (قوله وقال الشافعي كلاهما فيء) أي وبه قال مالك وأحمد اه كاكي (قوله وهذا لان الردة هلاك) أي موت حكما لا حقيقة

ولهذا تعتد امرأة المرتد بثلاث حيض لا بأربعة أشهر وعشر لان زوجها حي حقيقة اه

ويرجى عوده اليه لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في أمره فان أسلم جعل كأن لم يزل مسلما فلم يعمل السبب عمله فان مات أو قتل في ردته استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه وانتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء عملا بالدليلين وعندهما كلاهما لورثته المسلمين ان فضل من الدين وقال الشافعي كلاهما فيء لان المسلم لا يرث الكافر لاسيما المرتد فانه لا يرث أحدا فوجب أن لا يرثه أحد كالرقيق وهذا لان اتحاد الملة سبب الارث واختلافها سبب الحرمان وهذا لا يرثه موافقه فمخالفه أولى فاذا انتفت الوراثة وهي مال حربي لا أمان له فيكون فيأ للمسلمين ولنا أنه كان مسلما مالكا لماله فاذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو مات مسلما وهذا لان الردة هلاك الا أن عمله بالموت والقتل فاذا تم استند التوريث الى أول الردة وقد كان مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم اذ الحكم عند تمام سببه يثبت من أول السبب كالبيع بشرط الخيار اذا أجيز ثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق لما ذكرنا فينتقل الى ورثته بموته فيستند الى ما قبيل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن استناد كسب الردة الى ما قبل الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كأن الكسب موجود وله أن استناد التوريث الى أول الردة في كسب الاسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن استناد التوريث في كسب الردة لعدمه عندها ومن شرط الاستناد أن يكون موجودا عنده فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه أنه يرثه من كان وارثا له وقت ردته وبقي كذلك الى وقت موته أو قتله أو القضاء بلحاقه حتى لو مات وارثه قبله أو حدث له وارث آخر بعد ارتداده بعتق أو باسلام أو علوق حادث لا يرث لان السبب لا يعتبر الا في حق من انعقد له ويشترط بقاؤه الى وقت تمام السبب لانه أوان الاستحقاق به كما في البيع الموقوف حيث يشترط فيه بقاء المبيع والمتعاقدين وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة ولا يبطل بموته أو بشيء آخر قبل موت المرتد لان ردته في حكم الموت فلا تعتبر الا عندها وروى محمد عنه أنه يعتبر كونه وارثا عند موت المرتد أو قتله أو القضاء بلحاقه وهو الاصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالموجود عند ابتداء السبب ألا ترى أن الزيادة التي تحدث من المبيع قبل القبض تجعل كالموجود عند ابتداء العقد حتى اذا قبضه مع الاصل صار له حصة من الثمن وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق وهي في العدة لانه صار فارا بالردة اذ الردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت فيتعلق حقها بماله وينبغي أن ترث على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه اذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق بعد انقضاء عدتها وارتد قبل الدخول بها لانه يشترط أن يكون وارثا الا عند الردة في تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت والمرتدة لا يرثها زوجها الا انها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية قد انقطعت بالارتداد الا أن

(قوله كالبيع بشرط الخيار) أي للمشتري أو للبائع كما يأتي في باب الرجوع عن الشهادة وفي كتابة العبد المشترك اه (قوله أو القضاء بلحاقه) قال الاتقاني فلا يرث الوارث اذا ارتد بعد ردة أبيه قبل موته على هذه الرواية اه (قوله وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة) وهذا قول زفر كذا في الشامل قال الكرخي في مختصره من كان من الورثة حرا مسلما يوم ارتد فله الميراث ومن كان من ورثته كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يقتل أو أسلم الكافر بعد الردة قبل القتل فلا ميراث له لانه لم يكن وارثا يوم ارتد ولو كان وارث المرتد مسلما يوم ارتد فارتد الوارث بعد ردة أبيه قبل أن يقتل أو يموت أو يلحق بدار الحرب أو بعد ذلك قبل أن يحكم بلحاقه فله الميراث لانه كان وارثا يوم ارتد ولا يعتبر بما حدث بعد ذلك وهذا قول أبي حنيفة واعتمده وعلى هذه الرواية حيث لم يذكر لابي حنيفة قولا آخر في مختصره اه (قوله ولا يبطل) أي استحقاقه اه (قوله فلا تكون تعتبر الا عندها) أي ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه وهذا مثله اه دراية (قوله أو قتله أو القضاء بلحاقه) أي سواء كان موجودا عند الردة أو حدث بعدها اه كاكي (قوله لانه صار فارا بالردة) أي وان كان صحيحا وقت الردة اه (قوله لانها سبب الموت) وهذا يعضد قول محمد فان عنده ينفذ تصرفه كما ينفذ من المريض أما اذا كان وقت الردة مريضا فلا اشكال فيه كذا في الفوائد الظهيرية اه كاكي (قوله والمرتدة لا يرثها) أي والمرأة المرتدة ترث من زوجها المرتد في قولهم جميعا والرجل المسلم يرث من امرأته المرتدة اذا ماتت قبل انقضاء العدة استحسانا ولا يرث قياسا وهو قول زفر ولزوج المرتدة أن يتزوج باختها وأربع سواها

تكون مريضة فيرثها لان حمه تعلق بمالها في مرضها فتصير فارة بالارتداد كتقبيلها ابن الزوج أو فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوه ويرثها أقاربها جميع مالها حتى الكسب في ردتها الا انه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفئ بخلاف المرتد عند أبي حنيفة على ما بينا قال رحمه الله (وان حكم بلحاقه عتق مدبره وأم ولده وحل دينه) لأنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام أهل الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت الا أنه لا يستقر لحاقه الا بحكم الحاكم لاحتمال أن يعود الينا فلا بد من القضاء وفيه خلاف الشافعي بناء على أنه لا تختلف الدار عنده اذ الدنيا كلها دار واحدة ونحن قد بينا المعنى فيه فاذا ثبت أنه موت ثبتت أحكام الموتى من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين الذي عليه فيقضي كل دين من الكسب في تلك الحالة من الردة والاسلام على ما تقدم لان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار سببه الذي وجب فيه الدين فيقضي كل دين من الكسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم هذه رواية أبي حنيفة وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام في قضاء الدينين فان لم يف بذلك يقضي من كسب الردة لان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق الميت فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضي دينه به كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضي منه كذا هذا وعنه أنه يبدأ بكسب الردة فان لم يف بذلك يقضي من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضي من كسب الاسلام تقدم لحاقه وعندهما تقضي ديونه منهما الان الكل ملكه حتى يجري الارث فيهما ويعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال أبو يوسف يعتبر وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الذي ذكرنا وبطلت عنها العدة لانها صارت كالموتى ولا عدة على الاموات ولزوجها أن يتزوج أختها وأربعا سواها من ساعته لانعدام العدة عليها كالميتة وان عادت مسلمة أو سبيت لم ينتقض نكاح الاخت والاربع لان نكاحها لا يعود ولها أن تتزوج من ساعتها لعدم العدة عليها ولو ولدت في دار الحرب لاقل من ستة أشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج وان كان لاكثر لا يثبت ويسترق الولد تبعا لها وكذا يجبر على الاسلام لما قلنا قال رحمه الله (ويوقف مبايعته وعتقه وهبته فان أمن نفذ وان هلك بطل) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز تصرفه في الوجهين لان صحة التصرف تعتمد الاهلية وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت ولو زال الملك لزال الى ورثته ولم يقل به أحد ولهذا لا تنفذ تصرفاتهم في ماله ألا ترى أنه لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر فصاعدا من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة يرثه ولو مات ولده قبل حكم القاضي بلحاقه لا يرثه فدل على قيام ملكه فيصح تصرفه وينفذ ثم اختلفا فيما بينهما فعند أبي يوسف يصح مثل ما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ولا يجعل كالمشرف على الهلاك وعند محمد رحمه الله يصح كما يصح من المريض لانه لا يرجع الى الاسلام ظاهرا فيقتل لان من انتحل الى نحلة قل ما يتركه لا سيما اذا كان معرضا عما نشأ فيه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة أنه حربي

اذا لحقت بالدار كأنها ماتت فان رجعت الى دار الاسلام بعد ذلك مسلمة لا يفسد نكاح أختها واذا ارتدت المعتدة ولحقت بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقها بطلت عدتها التباين الدارين وانقطاع العصمة كأنها ماتت فان رجعت بعد ذلك الينا مسلمة قبل انقضاء مدة العدة أو الحيض قال أبو يوسف لا تعود معتدة وقال محمد تعود معتدة كما كانت اه قاضيخان رحمه الله وكتب ما نصه تحقيقه أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس ثبوتا وسقوطا فبارتداد الرجل تسقط عصمة النفس لكونه حربا علينا فيقتل وتسقط عصمة المال أيضا تبعا لها فيكون كسب الارتداد أيضا فيأ عند أبي حنيفة كمال حربي مقهور في أيدينا أما ارتداد المرأة فلا تسقط به عصمة النفس لانها لا تقتل لعدم الحراب فلا تسقط عصمة المال أيضا لان كسبها في الردة ميراث بين ورثتها المسلمين ككسبها في الاسلام اه اتقاني (قوله لا حراب منها) معنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذا لا تزول عصمة مالها فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثا لورثتها بخلاف المرتد عند أبي حنيفة فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال أو في المآل باللحاق اه كاكي ❁ فرع قال قاضيخان رحمه الله ولا يجوز استرقاقه بعد ما لحق بدار الحرب مرتدا ثم أخذه المسلمون أسيرا ويجوز استرقاق المرتدة بعد ما لحقت بدار الحرب اه (قوله في المتن ويوقف مبايعته وعتقه وهبته) أي وكتابته وقبض الديون والاجارة والوصية اه اتقاني رحمه الله (قوله لانها لا تقتل) أي فلهذا كانت عقود المرتدة كلها جائزة الا مفاوضتها فانها موقوفة ان أسلمت صحت والا صارت عنانا كما قالا في المرتد كذا قال الامام الاسبيجابي اه اتقاني رحمه الله ❁ فرع ❁ أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة وعند الشافعي لا تقع الفرقة الا بقضاء القاضي اه قاضيخان رحمه الله

مقهور في أيدينا حتى يقتل وكونه صار مقهورا سبب لزوال ملكه ومالكيته وبطلان تصرفاته غير أن الاسلام مرجو منه لبقاء الاجبار على الاسلام فقلنا بتوقف تصرفاته لتردد حاله بين القتل والاسلام بخلاف حربي دخل دارنا بغير أمان لانه صار فيأ بدخوله دارنا بغير أمان ولهذا لا يملكه من أخذه بل يرده الى بيت المال لانه كما دخل دارنا وقع في أيدي المسلمين لان لهم يدا في الدار فيرده الى مالهم أي المسلمين وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم لان القتل لم يجب هناك لزوال سبب العصمة ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص وانما هو جزاء على الجناية فلم يوجب خللا فيه وبخلاف المرتدة لانها لا تقتل فلم يثبت لها حكم أهل الحرب حتى تلتحق بدار الحرب فتصير حربية حينئذ ۞ ثم اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لانها تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير ومال ولده لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما بيناه بدليله قال رحمه الله (وان عاد مسلما بعد الحكم بلحوقه فما وجده في يد وارثه أخذه والالا) أي ان لم يجده فليس له أن يضمنه بعد ما تصرف فيه الوارث وانما يأخذ عين ماله لان الوارث كان خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت حاجته وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد الموت الحقيقي كان حكمه كذلك ثم انما يعود الى ملكه بقضاء أو برضا من الوارث لانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه ولهذا ليس له أن يضمنه بعد ما أخرجه عن ملكه أو أتلفه ولا سبيل له على أمهات أولاده ومدبريه لان القاضي قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يمكن نقضه ولو جاء مسلما قبل أن يقضي القاضي بذلك لم يخرج عن ملكه وكأنه لم يزل مسلما ومدبروه وأمهات أولاده على ملكه ونظيره العبد المبيع اذا أبق قبل القبض فان عاد بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء وتم الفسخ وان عاد قبل القضاء به فالبيع صحيح على حاله فكأنه لم يأبق قال رحمه الله (ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما بينا وأما امتناع الارث مع ثبوت نسبه منه فلان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه

(قوله فيرده الى مالهم أي المسلمين) كذا من خط الشارح (قوله وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم الخ) أخذه من النهاية فراجعها اه (قوله ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص) أي يجب القصاص لولي القاتل على قاتل القاتل اذا كان قتله عمدا ولا يجب على قاتل القاتل شيء من الدية لولي المقتول الاول كما نص عليه في المنار بقوله والقصاص لا يضمن بقتل القاتل وانظر ما كتبته في الجنايات اه وكتب ما نصه أي بغير اذنه اه نهاية ذكر الشارح في الحدود قبيل باب الشهادة على الزنا أن حقوق العباد كالقصاص والاموال حق الاستيفاء فيها لمن له الحق ولا يشترط فيه القضاء بل لو استوفاه صاحبه جاز وانما يحتاج الى الامام ليمكنه من ذلك لانه قادر عليه بالمنعة والامام فيه كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك وبه يندفع ما عسى أن يقال كيف يقتل قاتل القاتل وقد قضى بقتله ووجه الدفع أن يقال القضاء في هذا انما هو اعانة لمن وجب عليه القصاص ولم يثبت القضاء له حقا لم يكن ثابتا بل حقه كان ثابتا قبل القضاء ولهذا كان له أن يستوفيه قبل القضاء هذا ما ظهر لي والله الموفق اه (قوله كالاستيلاد والطلاق) فان قلت كيف نفذ طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المرأة قلت هذا ليس بممتنع ألا ترى أن المسلم اذا أبان امرأته ثم طلقها في عدتها جاز فكذا هذا والدليل على هذا أن الرجل اذا وكل وكيلا على طلاق امرأته فارتد الزوج أو ارتدت فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة والمسئلة منصوصة في شرح الكافي وسنبينها ان شاء الله تعالى في آخر كتاب الوكالة ويمكن أن لا تقع البينونة أيضا بالردة كما اذا ارتد الزوجان معا ثم طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال أصلا اه اتقاني (قوله ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم) أي الا أن عندهما ان مات أو قتل صارت عنانا كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله ولا يرثه) أي لو مات المرتد أو قتل لا يرثه هذا الولد اه (قوله أما صحة الاستيلاد فلما بينا) قال الاتقاني ثم اعلم أن دعواه الولد صحيحة على قولهما بلا اشكال لان عقود المرتد عندهما جائزة فكذلك دعوته أما أبو حنيفة فانه جعل عقوده موقوفة لكن جعل دعوته صحيحة لان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك بل يثبت بتأويل الملك ألا ترى أن العبد المأذون اذا ادعى النسب من الجارية التي من تجارته جاز وكذلك الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه يثبت النسب وتأويل المرتد أكثر من تأويلهما فاذا ثبت النسب يثبت التفريع المذكور في ارثه وعدمه اه ۞ (فرع) ۞ قال السرخسي في مبسوطه أولاد أهل الذمة لا يحكم باسلامهم اذا مات اباؤهم لان الموت لا يقطع العصمة وقال في البدائع ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبع وهكذا قال في المحيط وقاضيخان اه (قوله اذا كانت نصرانية) أي أو يهودية اه اتقاني (قوله تبعا لابيه) أي لا لامه اه اتقاني

اقرب

أقرب الى الاسلام منها لكونه يجبر على الاسلام دونها والمرتد لا يرث أحدا وهذا فائدة تقييده بستة أشهر وبكونها نصرانية لانه لو ولدته لاقل من ستة أشهر أو كانت الامة مسلمة يرث أما الاول فلتيقننا بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر لانا لم نتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلما تبعا له ولا يمكن أن يجعل تبعا للدار حتى يكون مسلما لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين بخلاف الولد الصغير اذا ارتد أبواه حيث يجعل مسلما تبعا للدار ما لم يلحقا بدار الحرب لانه ثبت له حكم الاسلام قبل ردتهما فيبقى على تلك الصفة ما لم يلحقا بدار الحرب بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام وأما الثاني وهو ما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعا لها اذ هي خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ولكن لا يتصور هذا على قول أبي حنيفة الا في الرواية التي رواها عنه محمد فانه يعتبر كونه وارثا فيها وقت الموت أو القتل أو القضاء باللحاق وأما على الروايتين الاخريين فلا يتصور أن يرث لعدم كونه وارثا عند الردة قال رحمه الله (وان لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء) يعني ليس لورثته عليه سبيل لان ملكهم فيه غير ثابت حيث ألحقه معه ابتداء فسقطت عصمته باللحاق وكذا عصمة ماله لانه تبع للنفس فيكون ماله فيئا اذا وقع في الغنيمة لا سبيل لورثته فيه وكذا ان أخرجه تاجر لما ذكرنا بخلاف نفسه حيث لا تكون فيئا لان المرتد لا يسترق على ما بينا من قبل قال رحمه الله (فان رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه) يعني لوارثه أخذه لانه لما لحق بدار الحرب ملكته الورثة فللمالك القديم أن يأخذ ماله قبل القسمة بغير شيء وبعدها أو من التاجر بالعوض على ما بينا ومراده اذا رجع بعد حكم الحاكم بلحاقه وأما اذا رجع قبل الحكم به وأخذ ماله ولحق ثانيا فلا سبيل لورثته على ذلك المال لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما بينا غير مرة وقال في النهاية في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يعني الهداية يرد على الورثة أيضا لانه مهما لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وهذا مشكل لان الملك للورثة لا يثبت الا بالقضاء فكيف يثبت ههنا وقال في الكافي القضاء مرجح جانب عدم الرجوع الى دارنا فيستقر موته ولما خرج الينا معتزا ورجع بماله ظهر أنه لا يريد العود الى دارنا فيتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيكون ماله لورثته من ذلك الوقت وقال في النهاية وفي بعض روايات السير

(قوله لا يرث أحدا) أي لا من المرتد ولا من المسلم اهـ اتقاني (قوله فيكون مسلما تبعا للاب) أي والمسلم يرث المرتد اهـ (قوله لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين) يعني ان تبعية الدار لا تظهر الا اذا لم يكن معه أحد أبويه أما اذا كان فلا وقد مر ذلك في باب الجنائز اهـ (قوله حيث يجعل مسلما تبعا للدار) أي ولا يعتبر مرتدا تبعا لهما اهـ (قوله فيبقى على تلك الصفة) أي يبقى على اسلامه بتبعية الدار وقد قال الاتقاني فان قلت هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد طفل ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما تبعا للدار ولا يعتبر مرتدا تبعا لهما قلت لا نسلم انه يبقى مسلما تبعا للدار بل هو كان مسلما تبعا للابوين فيبقى على ما كان بعد ردتهما اهـ وهو يؤيد ما قلناه اهـ (قوله فانه لم يثبت له حكم الاسلام) أي أصلا فجعل تبعا لابيه المرتد لقربه الى الاسلام اهـ (قوله في المتن فهو فيء) أي لانه مال حربي فيكون حكمه كسائر أموال أهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين فان قلت المال تابع للنفس ونفس المرتد لا يكون فيئا فينبغي أن يكون المال الذي في يده كذلك قلت لا يلزم من عدم جريان الفيء على النفس عدم جريان الفيء على المال ولهذا لا يجرى الفيء على مشركي العرب ويجرى الفيء على أموالهم ونسائهم وأولادهم فكذا المرتد اهـ اتقاني (قوله لان المرتد لا يسترق) أي بخلاف المرتدة على ما سيأتي في قوله ولو ارتد الزوجان اهـ (قوله في المتن فان رجع) أي الى دار الاسلام اهـ (قوله في المتن وذهب بماله) أي الى دار الحرب اهـ (قوله في المتن وظهر عليه فلوارثه) قال الاتقاني أما اذا رجع بعد اللحاق بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو لورثته اذا وجدوه قبل القسمة بغير شيء وان وجدوه بعد القسمة فهو لهم بالقيمة الا اذا كان مثليا فانهم لا يأخذونه اذ لا فائدة في أخذه بالمثل كذا في شرح الطحاوي وهم في ذلك بمنزلة رجل أجنبي يأخذ العدو ماله ثم يظهر المسلمون عليه كذا قال الكرخي في مختصره وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا لا يشكل الا اذا رجع بعد قضاء القاضي فأما قبل القضاء فجواب هذا الكتاب لا يفصل بين الحالين في رد المال على الورثة لانه رتب حكم الرد على مطلق اللحاق دون قضاء القاضي باللحاق ووجهه أنه متى لحقه فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتا حكما ثم قال فخر الاسلام وفي بعض روايات السير وقال لا حق للورثة فيه فيكون فيئا ووجه ذلك أن الحق انما يثبت بالقضاء يعني أن الحق للورثة لا يثبت الا بقضاء القاضي وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير هذا اذا رجع بعد القضاء من القاضي بلحوقه وجعل ماله لورثته لان القاضي اذا قضى بلحوقه فقد صار ماله لورثته وأما اذا لم يقض القاضي بلحوقه حتى رجع وأخذ فالحكم فيه كالحكم في الذي ذهب به أول مرة فأقول ينبغي أن يكون ما وقع في الجامع الصغير على مذهب محمد وما وقع في بعض روايات السير على مذهب أبي يوسف وذلك لان محمدا يجعل مجرد اللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث وارثا عند اللحاق ولا يجعل أبو يوسف ذلك كالموت بل يجعل القضاء باللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند القضاء لا عند اللحاق اهـ

(قوله لصدورها عن ولاية شرعية) أى حتى جعل المرتد ميتاحكما اه اتقانى (قوله فجعلناه) أى الابن اه (قوله نائباعنه) أى عن أبيه يعنى صار الابن كالوكيل عن أبيه المرتد فى التصرف لان المرتد لما لحق بدار الحرب صار كأنه سلط ابنه على ماله وجعله خلفاعنه فى التصرف فلما عاد ثبت له حكم الاحياء وبطل حكم الموت فلما لم يفسخ كان بدل الكتابة للمرتد الذى أسلم لان حقوق العقد فى الكتابة ترجع الى الموكل لا الى الوكيل وكذلك للمرتد الذى أسلم لأن الولاء لمن أعتق والعتق وقع عنه بخلاف ما اذا أدى بدل الكتابة للوارث فان الولاء حينئذ يكون للوارث لوقوع العتق عنه اه اتقانى (قوله فالدية فى كسب الاسلام خاصة) وكذلك حكم ما اغتصبه من مال أو أفسده اه اتقانى (قوله لعدم النصرة) أى لان المسلم لا يلزمه نصرة المرتد اه (قوله فى المتن ولو ارتد) أى المسلم اه (قوله فى المتن ومات

يكون فيأ لاحق للورثة فيه لان الحق للورثة لا يثبت الا بالقضاء قال رحمه الله (وان لحق فقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما فالمكاتبة والولاء لمورثه) وهو المرتد الذى أسلم لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث لاستغنائه فاذا جاء مسلما تبين أنه محتاج اليه فيعاد اليه ملكه غير أن الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلناه نائباعنه وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب اذا كاتب عبده وعجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الكتابة الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه بخلاف ما اذا رجع بعد أداء الكتابة لان الملك الذى كان له غير قائم بعده وبخلاف ما اذا باعه لما قلنا ولا يقال المكاتب لا يقبل الانتقال فكيف انتقل الى المرتد الذى أسلم لانا نقول هذا ليس بانتقال وانما هو سقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الاصل قال رحمه الله (فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق) أى بدار الحرب (أو قتل فالدية فى كسب الاسلام) خاصة وهذا عند أبى حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه فى حالة الاسلام والردة جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لعدم النصرة فيكون فى ماله خاصة فماله عندهما المكتسب فى حالة الاسلام والردة جميعا لنفوذ تصرفاته فى الحالين ولهذا يجرى الارث فى الكل عندهما وعنده ماله المكتسب فى حالة الاسلام خاصة لنفوذ تصرفه فى تلك الحالة دون المكتسب فى حالة الردة لتوقف تصرفه فيها ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثانى فيأ وينبغى أن يكون هذا على الروايات المتقدمة عن أبى حنيفة من أنه يبدأ بكسب الردة أو الاسلام أو كل دين يقضى من كسبه فى تلك الحالة هذا اذا قتل أو مات قبل أن يسلم وأما اذا أسلم ثم مات أو لم يمت يكون فى الكسبين جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا يجرى الارث فيه بالاتفاق قال رحمه الله (ولو ارتد بعد القطع عمدا ومات منه أو لحق وجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الدية فى ماله لورثته) أى لو قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية من ماله خاصة لان العاقلة لا تعقل العمد أما الاول وهو ما اذا ارتد بعد ما قطعت يده ومات من القطع فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم ومات من ذلك حيث لا يضمن شيأ لان ما أهدر لا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة فيجب عليه ضمان ما أتلف وهو معصوم وهو اليد دون النفس ونظيره البيع أو الاعتاق حتى لو قطعت يد عبده ثم باعه أو أعتقه لا يضمن الجانى الا اليد وان مات بعد الرد عليه بالفسخ لانه صار مبرأ له بهذا التصرف وأما الثانى وهو ما اذا لحق بدار الحرب بعد الردة وقضى القاضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة تقديرا فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضى بلحاقه حتى عاد مسلما ثم مات من القطع فهو بمنزلة موته مرتدا قبل أن يلحق بدار الحرب وفيه خلاف محمد وزفر على

منه) أى من القطع اه (قوله فى المتن أو لحق) أى وقضى بلحاقه كما سيجىء اه (قوله فى المتن لورثته) أى لورثة المقطوع يده اه (قوله فعلى القاطع نصف الدية من ماله) أى ولم تجب دية النفس ولا القصاص فى قطع اليد اه اتقانى (قوله لان العاقلة لا تعقل العمد) أما اذا كان خطأ فقال الحاكم فى الكافى هى على عاقلته اه اتقانى (قوله فأهدرت) أى فلم تجب دية النفس لان موتها حصل فى حال لا قيمة لها ولم يجب القصاص فى اليد لان اعتراض الردة صار شبهة وهذا لان الردة لو كانت موجودة عند القطع كانت حقيقة الاباحة قائمة فى قطع اليد لوجود المبيح وهو الردة فاذا كانت قائمة ثم اعترضت كانت شبهة فاذا لم يجب القطع وجب دية اليد وهى نصف دية النفس لان قطع اليد حصل فى حال عصمة اليد وهى حالة الاسلام اه اتقانى (قوله حيث لا يضمن شيأ) أى أصلا لان قطع اليد حصل فى زمان لا قيمة لها لعدم العصمة اه (قوله لان ما أهدر ما لا يلحقه الاعتبار) أى أصلا فلهذا لم يعتبر زمان السراية اه (قوله فكذا بالردة) والتحقيق هنا أن نقول ان فوت العصمة يوجب الهدر بمحالة وقيام العصمة لا يوجب الضمان لا محالة كما اذا قطع بامره فلم يكن اعتراض العصمة دافعا لصفة الهدر (قوله فهو بمنزلة موته مرتدا الخ) قال الاتقانى هذا اذا ارتد المقطوع يده أما اذا ارتد القاطع فقتل ومات المقطوع يده منه مسلما فقال فى الشامل فى قسم المبسوط ان عمدا فلا شئ عليه لان القاتل مات وان كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس لان الجناية انعقدت موجبة للقتل لان الجانى كان مسلما يوم الجناية لا يوم لو كانت الجناية فى حال ردته كانت فى ماله اه قال الكمال فلو كان القاطع هو الذى ارتد فقتل [illegible]

المقطوع غير من القطع مسلما فإن كان عمدا فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله بمعنى حين قتل على ردته أو مات وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأن عند الجناية كان مسلما أو جناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد اهـ (قوله في المتن وإن لم يلحق وأسلم) أي بعد الارتداد اهـ (قوله ومات) أي من القطع اهـ (قوله ضمن الدية) أي استحسانا ذكر القياس والاستحسان فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير لكن إن كان عمدا يجب في ماله وإن كان خطأ فعلى عاقلته كذا ذكره الولوالجي في فتاواه اهـ اتقاني

ما بيناه إن شاء الله تعالى لأن حكم الالتحاق لا يثبت إلا بحكم الحاكم قال رحمه الله (وإن لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية) أي كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر يضمن نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا تنقلب بالإسلام معتبرة وهذا لأن الردة معنى لو مات عليها لا يجب بالسراية شيء فكذا إذا لم يمت عليها فصار كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تقايلا ثم مات لم يجب على القاطع إلا دية اليد كما لو مات في يد المشتري لما ذكرنا ولأنه بالردة أهدر دمه فصار مبرئا له عن ضمان النفس كما إذا باع عبده بعد القطع على ما ذكرنا ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت على محل معصوم فتوجب كل الدية كما لو لم تتخلل الردة بينهما وهذا لأنه لا معتبر لقيام العصمة في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وفيما بين ذلك غير معتبر في حق هذا الحكم فصار كاشتراط قيام الملك في حالة اليمين وحالة وجود الشرط وكاشتراط كمال النصاب في حال انعقاد السبب وتمامه والردة ليست بإبراء عن الجناية وضعا ولا شرعا بل هي لتبديل الدين ألا ترى أنها توجد من غير إبراء بأن لم يكن ثم جناية عليه إلا أنه لو مات على تلك الحالة لا يجب الضمان باتفاق الحال لكون دمه هدرا بخلاف ما إذا باع العبد المجني عليه لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فإذا قطع الأصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالإبراء قال رحمه الله (ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فكتابته لمولاه وما بقي لورثته) لأنه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردة غير أنه صار دمه مباحا وبإباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردة والالتحاق بدار الحرب لأنها لا تبطل بحقيقة الموت فبالحكمي أولى أن لا تبطل فبقي ملكه مالكه والتصرف على حاله هذا على قولهما ظاهر وأما على قول أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما ملك المال والتصرف بعقد الكتابة وهو باق على ما بيناه ولا يمنع ذلك بالرق فأولى أن لا يمنع بالردة لأن الرق أقوى في المنع من الردة ألا ترى أن المرتد يملك بعض التصرفات بالإجماع وبعضها فيها الخلاف فإذا كانت الكتابة باقية يوفى المولى كتابته وما بقي يكون لورثته كما في الموت الحقيقي فإن قيل إذا مات عن وفاء حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين بذلك أن كسبه كسب حر مرتد فوجب أن يكون فيئا على مذهبه قلنا حكمنا بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته في حق الحقوق المستحقة بالكتابة وهي حرية نفسه وأولاده وملك كسبه رقبة وفيما عدا ذلك من الأحكام يعتبر عبدا ألا ترى أنه لا تصح وصيته وإن ترك وفاء لأن الوصية ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة فكذا لا يكون كسبه فيئا لأن كسب العبد المرتد لا يكون فيئا فلا يجعل حرا في حقه قال رحمه الله (ولو ارتد الزوجان ولحقا فولدت وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فيء ويجبر الولد على الإسلام لا ولد الولد) أي إذا ارتد الرجل وامرأته ولحقا بدار الحرب فولدت المرأة هناك ولدا وولد لولدهما ولد ثم ظهر عليهم جميعا فولدهما وولد ولدهما فيء ويجبر ولدهما على الإسلام لا ولد ولدهما لأن الولد يتبع الأم في الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها ويجبر الولد على الإسلام تبعا لأبويه لأن الأولاد يتبعون الآباء في الدين لقوله

(قوله وقال محمد وزفر يضمن نصف الدية) أي قياسا اهـ اتقاني (قوله لأن اعتراض الردة أهدر السراية) أي لأنه صار بعد الارتداد بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء فصارت الردة مهدرة لما تولد من القطع اهـ (قوله وتمت على محل معصوم) أي لأنه كان في الحالين مسلما اهـ اتقاني (قوله في المتن ولو ارتد مكاتب ولحق) أي بدار الحرب واكتسب مالا اهـ هداية (قوله في المتن وأخذ بماله) أي أسيرا وأبى أن يسلم اهـ اتقاني (قوله هذا على قولهما ظاهر) أي لأن كسب المرتد الحر عندهما ميراث فكذا كسب المكاتب ويشكل على مذهب أبي حنيفة لأن كسب المرتد الحر فيء عنده فكيف كان كسب المرتد المكاتب ميراثا على وجه الاستحسان وحله أن كسب المرتد الحر لما كان موقوفا إلى أن يتبين حاله لم تملك أكساب الردة فكانت فيئا بخلاف المرتد المكاتب فإن تصرفاته نافذة وليست بموقوفة لأن الكتابة لا ينافيها الموت الحقيقي فكذا لا ينافيها الموت الحكمي وهو الردة واللحاق فصحت أكسابه فكانت أكساب الردة كأكساب الإسلام فصارت ميراثا لورثته لموته حرا لأنه مات عن وفاء اهـ اتقاني رحمه الله (قوله ويجبر الولد على الإسلام لا ولد الولد) قال الاتقاني رحمه الله هذا إذا ولد لهما ولد بعد التحاقهما أما إذا ارتد الزوجان وذهبا إلى دار الحرب بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لأن الولد الصغير صار مرتدا تبعا للأبوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي وإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأن الولد بقي مسلما فلا يصير فيئا فيدفع إلى الأم وكذا إذا كانت الأم قد ماتت مسلمة لأن إسلام الأم لا يرتفع بالموت بل يتقرر (قوله والمرتدة تسترق) أي والزوج

يقتل أو يسترق اه اتقانى (قوله ولا يقتل) أى كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر على الاسلام ولا يقتل كذا هنا اه اتقانى (قوله ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم الخ) والمعقول أن يقال إن الحكم اذا اقتصر على كل الجنس لم يكن بعض المقادير أحق من بعض فلزم القصر على الادنى لتيقنه وهو الاب فاذا لم يكن تابعا للجد كان حكمه حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا فيسترق أو يوضع عليه الجزية اه اتقانى (قوله وفى رواية الحسن يكون مسلما) وجه ماروى الحسن أن الجد له حكم الاب فى انكاح الصغير والصغيرة ولهذا لايكون لهما الخيار بعد البلوغ وكذلك فى بيع مال الصغير فكذا فى تبعية الاسلام وهذا لان الولد انما تبع الاب لانه يتفرع منه فيتبع الجد تبعا (١) لانه تفرع وجه الظاهر مر آنفا اه اتقانى (قوله والمسائل التى جعل الجد فيها كالاب) قال فى الكافى أربع مسائل لم يجعل الجد فيها كالاب فى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة جعل الجد فيها كالاب اه (قوله فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد) أى ففى ظاهر الرواية لايؤدى الجد الفطرة عن ابن ابنه وفى رواية الحسن يؤديها اذا لم يكن لابن الابن مال كالاب لكن اذا كان الاب فقيرا اه اتقانى (قوله فى المتن وارتداد الصبى العاقل صحيح كاسلامه) أى فلا يرث أبويه اذا كانا كافرين اه (قوله وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد) وفى المحيط عن ابن أبى مالك عن أبى يوسف أن أبا حنيفة رجع الى قول أبى يوسف اه كاكى وفى مج غريب الرواية روى الحسن عن زفر فى ابن عشر سنين اذا ارتد ثم رمى صيدا أو ذبح أنه يؤكل ولا تصح ردته اه فصول الضمان

عليه الصلاة السلام كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه الحديث رواه البخارى ومسلم وأحمد وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت من يموت منهم قال الله أعلم بما كانوا عاملين فيكون حجة لابى حنيفة ومحمد فى توقفهما فى أطفال المشركين فاذا تبعهما يجبر على الاسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لابيه لانه كافر أصلى وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه فى القتل حكم الكافر الاصلى وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الاسلام ففيه روايتان فى رواية يجبر رواها الحسن عن أبى حنيفة تبعا لجده وفى رواية لايجبر لانه لو أجبر إما أن يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان أباه كان تبعا لابويه والتبع لايكون له تبع أو تبعا لجده ولا وجه له لان تبعية الآباء فى الدين على خلاف القياس ولا يلحق به الجد ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء عليهما السلام ولم يوجد فى ذريتهما كافر غير المرتد وأصل هاتين الروايتين مبنى على أن ولد الولد يكون مسلما باسلام جده أم لا ففى رواية الحسن يكون مسلما فاذا تبعه فى الاسلام تبعه فى الاجبار عليه أيضا وفى رواية لايتبعه فى الاسلام فكذا فى الاجبار والمسائل التى جعل الجد فيها كالاب أربعة كلها تخرج على الروايتين أحداها هذه والثانية صدقة الفطر اذا كان الجد موسرا فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد والثالثة الوصية وهو ما اذا أوصى لاقربائه هل يدخل الجد فيها أولا والرابعة جر الولاء وهو ما اذا أعتق الجد هل يجر ولاء الحافد الى مولاه أم لا ففى ظاهر الرواية لايكون الجد فى هذه المسائل كالاب قال رحمه الله (وارتداد الصبى العاقل صحيح كاسلامه ويجبر عليه ولا يقتل) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعى ارتداده ليس بارتداد ولا اسلامه باسلام لانه يلزمه أحكام يشوبها ضرر كحرمان الارث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة أو المسلمة وامتناع وجوب نفقته على أبويه أو غيرهما من أقاربه ولانه تبع لابويه فلا يجعل أصلا اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبينهما تناف فلا يجتمعان فى شخص واحد ولابى يوسف أن الارتداد من التصرفات الضارة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق وغيرهما مما يمحض ضررا ولهما ماروى عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فاذا أعرب عنه لسانه فاما شاكرا واما كفورا رواه أحمد وصح عليه الصلاة والسلام ايمان على رضى الله عنه وقد كان امن صبيا وافتخاره بذلك معروف وكان يقول

سبقتكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أوان حلمى
وسقتكم الى الاسلام قهرا * بصارم همتى وسنان عزمى

وذكر أبو جعفر أنه أسلم ابن خمس سنين وذكر القتبى أن عمره كان سبع سنين وعن عروة أنه قال أسلم على وعمره ثمان سنين أخرجه البخارى ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان وكذا أتى بحقيقة الكفر وهو الجحود والانكار ولا مرد للحقائق وهذا لان الاقرار من الطوع دليل الاعتقاد فلا سبيل الى رده ولا الحجر عنه لان الحقائق لايحجر عنها كما لا يحجر فى حق سائر أفعاله حتى وجب عليه

اعلم أن الصبى العاقل اذا أسلم يصح اسلامه استحسانا خلافا لزفر والشافعى ذكر الاسبيجابى نقل فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير والمراد بالصحة ترتيب أحكام الاسلام عليه نحو الارث من أقاربه المسلمين والحرمان من أقاربه المشركين وحرمة نكاح المشركة فى حقه وحل نكاح المؤمنة وبطلان مالية الخمر والخنزير فى حقه وعصمة دمه وماله وغير ذلك اه اتقانى رحمه الله (قوله ولهما ماروى عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام الخ) ثم لما صح ارتداد الصبى عند أبى حنيفة ومحمد لم يرث أبويه المسلمين لانه مرتد والمرتد لايرث أحدا اه اتقانى رحمه الله.

(١) قوله لانه تفرع هكذا فى الاصل ولعل فى العبارة سقطا فارجع الى الاصول الصحيحة وحرر اه مصححه

الضمان باتلافه مال الغير شرعا وفسد صومه بأكله وهو صائم فلا يعذر فيه لاجل صباه والحجر عن الاسلام كفر ولا يليق ذلك بالشارع ولا يمكن رده بضرر يلحقه فى الدنيا وما يتعلق به نجاة سرمدية وسعادة أبدية هى من أجل المنافع وهو الحكم الاصلى الذى يترتب على الاسلام ثم يبنى عليه غيره فلا يبالى بشوبه لان المعتبر هو الحكم الموضوع له لا ما يلزمه فى ضمنه وقوله تبع لابويه فلا يجعل أصلا الخ قلنا انما جعل تبعا لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار فعله بنفسه بطريق الاصالة مع ابقاء التبعية تحصيل المنفعة بطريقين وذلك أنفع له وانما يمتنع الجمع بينهما اذا كان بينهما مضادة وأما اذا تأيد أحدهما بالآخر فلا يمتنع ألا ترى أن التبع اذا نوى السفر كالمرأة ونحوها صار مسافرا بنيته وبنية أصله لما قلنا فان قيل لو صح اسلامه بنفسه لكان ذلك منه فرضا لاستحالة كون الايمان نفلا بخلاف سائر العبادات فانها متنوعة بين الفرض والنفل فاذا صار فرضا لزم أن يكون مخاطبا ولا قائل به فاذا لم يكن تحصيله فرضا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لان صفة الفرضية فى الاصل مغنية عن اعتباره فى التبع ولانه لو كان عقله معتبرا لوقعت الفرقة بينه وبين امرأته اذا لم يحسن أن يصف الاسلام كالبالغ قلنا انما لم يكن مخاطبا لرفع الحرج عنه فاذا أداه صح كالمسافر وغيره من أصحاب الاعذار يؤدى الجمعة فانها تصح وتقع عن الفرض وان لم تكن الجمعة فرضا عليه وانما لم تبن زوجته منه اذا لم يحسن الوصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية وفيه توفير المنفعة على ما بينا وقوله لا يقتل يعنى اذا أبى أن يسلم بعد ما ارتد لان القتل عقوبة وهو ليس من أهلها والاجبار على الاسلام نفع له فيجبر هذا فى صبى يعقل وان كان لا يعقل لا يصح منه شئ من ذلك لان اقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر وكذا المجنون لما ذكرنا وكذا السكران فى الردة دون الاسلام على ما عرف فى موضعه ويلحق الساحر بالمرتد قال فى المحيط معزيا الى الفتاوى الساحر هل يقتل أو تقبل توبته ينظر ان اعتقد أنه خالق لما يفعل فان تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شئ وتبرأ عما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر أسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد وقال أبو حنيفة فى المجرد انه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله انى أترك السحر وأتوب منه اذا شهد الشهود أنه الآن ساحر أو أقر بذلك وكذلك المرأة الساحرة تقتل لان عمر رضى الله عنه كتب الى نوابه أن اقتلوا الساحر والساحرة رواه أحمد وأبو داود والبخارى وعن جندب أنه عليه الصلاة والسلام قال حد الساحر ضربه بالسيف رواه الدارقطنى وقال الترمذى الصحيح أنه موقوف عليه قلنا الموقوف فى مثله محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأى وذكر فى المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول أصح لان ضرر كفرها وهو السحر يتعدى فتكون ساعية فى الارض بالفساد بخلاف المرتدة والحربية وكذلك الزنديق يقتل ولا تقبل له توبة لما روى عن عكرمة رضى الله عنه أنه قال أتى على رضى الله عنه بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس رضى الله عنهما فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه رواه البخارى وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب البغاة﴾

قال رحمه الله (خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم اليه) أى الى العود الى الجماعة

(قوله فلا يعذر فيه لاجل صباه) قال الاتقانى ثم لما جعل مسلما باسلام أبويه حكما تبعا لهما فلأن يجعل مسلما باسلام نفسه حقيقة أولى وأحرى والاحكام ليست بمقصودة لذاتها بالاسلام لان المقصود به فوز السعادة الابدية ثم اذا ترتبت الاحكام عليها لا يبالى بها الا انها حصلت ضمنا وضمنيات الشئ لا تعلل اه ﴿فرع﴾ رجل حج حجة الاسلام ثم ارتد والعياذ بالله (٢٩٣) تعالى ثم أسلم كان عليه حجة الاسلام قاله قاضيخان ثم قال بعد أسطر رجل ارتد والعياذ بالله وعليه قضاء صلاة أو صيام تركها فى حالة الاسلام ثم أسلم بعد ذلك قال شمس الائمة الحلوانى قضى ما ترك فى الاسلام لان ترك الصلاة والصيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة وما أدى من الصلوات والصيامات فى اسلامه ثم ارتد تبطل طاعته لكن لا يجب عليه قضاؤها بعد الاسلام اه (قوله ويلحق الساحر الخ) السحر قول يعظم فيه غير الله تعالى تنسب اليه التقديرات والتأثيرات اه (قوله وكذلك الزنديق الخ) قالوا لو جاء الزنديق قبل أن يؤخذ فأقر أنه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته وان أخذ ثم تاب لا تقبل توبته لانهم باطنية يظهرون شيأ ويعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم كذا فى سير فتاوى قاضيخان مذكور فى باب الجزية من الكفاية اه

﴿باب البغاة﴾

قدم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد فى كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغى فى اللغة الطلب بغيت كذا أى طلبته قال الله تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغى ثم اشتهر فى العرف فى طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغى فى عرف الفقهاء الخارج على الامام الحق اه كمال رحمه الله قال الاتقانى وتأخير هذا الباب لقلة وجوده والمراد من البغاة الخوارج ولهذا وسم هذا الباب فى المبسوط بباب الخوارج قال فى فصل الاستروشنى لا بد من معرفة أهل البغى فأهل البغى هم الخارجون على الامام الحق بغير حق

بيانه أن المسلمين اذا اجتمعوا على امام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهل البغي وعليه أن يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس أن يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة على الظلم ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الامام أيضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم على الامام وان لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن لدعوى الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل البغي فعلى كل من يقوى على القتال أن ينصر امام المسلمين على هؤلاء الخارجين لانهم ملعونون على لسان صاحب الشرع فانه قال عليه الصلاة والسلام الفتنة نائمة لعن الله من أيقظها فان كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للامام أن يتعرض لهم لان العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر في واقعات الامام اللامشي وذكر القلانسي في تهذيبه قال بعض المشايخ لولا علي رضي الله عنه ما درينا القتال مع أهل القبلة وكان علي ومن تبعه من أهل العدل وخصمه من أهل البغي وفي زماننا الحكم للغلبة ولا ندري العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا الى هنا لفظ الفصول اهـ (قوله حروراء) حروراء بالمد قرية بقرب الكوفة ينسب اليها فرقة من الخوارج كان أول اجتماعهم بها وتعمقوا في الدين حتى خرجوا منه ومنه قول عائشة رضي الله تعالى عنها أحرورية أنت معناه أخارجة عن الدين بسبب التعمق في السؤال اهـ مصباح وقال الجوهري حروراء اسم قرية يمد ويقصر اهـ (قوله وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة) أي لا تجب دعوتهم ثانيا اهـ (قوله اذا تحيزوا) أي انضموا اهـ (قوله هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر زاده) خواهر زاده هو الامام أبو بكر محمد بن الحسين البخاري وسمي خواهر زاده لانه كان ابن أخت القاضي الامام أبي ثابت قاضي سمرقند وكان خواهر زاده اماما كاملا في الفقه بحرا غزيرا صاحب التصانيف ومبسوطه أطول المباسيط وكانت وفاته فيما بلغنا في السنة التي توفي فيها شمس الائمة السرخسي سنة ثمان وثمانين وأربعمائة وكانت وفاة فخر الاسلام البزدوي سنة احدى وثمانين وأربعمائة وكانت وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين وأربعمائة قاله الاتقاني (قوله وهو قول الشافعي) قال الكمال وقال اعانة الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم أن البغاة مسلمون لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى الآية اهـ (قوله ولان الحكم) يعني المقصود من قتال البغاة دفع شرهم فاذا وجد دليل الشر وهو اجتماعهم وتعسكرهم يجب دفعهم بالقتال اهـ وكتب ما نصه وهو حل القتال اهـ (قوله يدار على دليله) أي دليل قتالهم اهـ (قوله فجاز قتالهم الى أن يقلعوا) أي يمتنعوا اهـ (قوله والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة فانما أراد أبو حنيفة بذلك اذا لم يكن هناك امام يدعو الى القتال وان كان امام تلزمهم اعانته والدليل على هذا ما قال الكرخي أيضا في مختصره بقوله وقال أبو حنيفة ان كان الناس مجتمعين على امام من المسلمين والناس آمنون والسبل آمنة فخرج ناس ممن ينتحل الاسلام على امام أهل الجماعة فينبغي للمسلمين أن يعينوا امام أهل الجماعة وان لم يقدروا على ذلك لزموا بيوتهم ولم يخرجوا مع الذين خرجوا على امام أهل الجماعة ولم يعينوهم ثم قال وهذا قول زفر وأبي يوسف اهـ اتقاني

(وكشف شبهتهم) لان عليا رضي الله عنه بعث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما الى أهل حروراء فدعاهم الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم ولانه ترجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكرة كما قال الله تعالى وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين وهو أهون فيبدأ به وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم قد علموا لماذا يقاتلون فصاروا كالمرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم لان قتالهم فرض لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله فصار قتالهم كقتال أهل الحرب قال رحمه الله (وبدأ بقتالهم) يعني اذا تحيزوا وتهيؤا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر زاده وهو المذهب عندنا وذكر القدوري في مختصره لا نبدؤهم بقتال حتى يبدؤه وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ما تلونا من غير قيد بالبداية منهم وقول علي رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سيخرج قوم في آخر الزمان حداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه أحمد ومسلم والبخاري ولان الحكم يدار على دليله وهو ما ذكرنا من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم فلعله لا يمكن دفعهم فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ولانهم بالخروج على الامام صاروا عصاة فجاز قتالهم الى أن يقلعوا عن ذلك بل وجب لما تلونا وما روي عن علي رضي الله عنه من قوله في الخوارج لن نقاتلكم حتى تقاتلونا معناه حتى تعزموا على قتالنا بدليل ما روينا عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ولو أمكن دفع شرهم بالحبس بعدما تأهبوا فعل ذلك ولا نقاتلهم لانه أمكن دفع شرهم بأهون منه والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع به شرهم والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على عدم الامام وأما

اعانة الامام من الواجبات عند القدرة ومارُوي عن ابن عمر مع جماعة من الصحابة رضي الله عنهم من القعود عن الفتنة محمول على أنهم كانوا عاجزين قال رحمه الله (ولولهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم) لان المقصود من قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكرنا لانهم يرجعون الى جماعتهم فيعودون حربا علينا ولم يحصل بذلك رجوعهم الى الجماعة وهو المقصود قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله قال رحمه الله (والالا) أي ان لم تكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روي عن مروان بن الحكم أنه قال صرخ صارخ لعلي يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن أغلق بابه فهو امن ومن ألقى السلاح فهو آمن رواه سعيد ويوم الجمل لم تكن لهم فئة ولان قتلهم كان لدفع شرهم وقد اندفع بدونه فلا حاجة اليه وعند الشافعي لا يقتل في الوجهين بناء على ما بينا من أصله أنه لا يجوز قتلهم الا دفعا ولا دفع في قتله بعد ما ترك القتال ونحن نقول الحكم يدار على الدليل لا على حقيقة القتال على ما بينا قال رحمه الله (ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا) لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل لا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله لا يقتل أسير يعني اذا لم تكن لهم فئة وان كان لهم فئة فالامام بالخيار ان شاء قتله لئلا ينفلت ويلحق بهم وان شاء حبسه لان شره يندفع به وليس له أن يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق ابتداء وهو المراد بقول علي رضي الله عنه لا يكشف ستر وحين طلب منه أصحابه أن يقسم النساء بينهم قال اذا قسمت النساء فلمن تكون عائشة فأبهتهم بذلك وقطع شبهتهم ولانهم مسلمون فتكون أموالهم وأنفسهم معصومة بالعصمتين لكونهم في دار الاسلام قال رحمه الله (وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم) وقال الشافعي رحمه الله لا يقاتل به لانه مسلم فلا يحل الانتفاع بماله بدون رضاه ولنا أن عليا رضي الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين الصحابة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك بدليل ما روى الزهري أن الصحابة أجمعوا أن لا يؤخذ مال ولان للامام أن يفعل ذلك بمال أهل العدل لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الدرع من صفوان بغير رضاه فمالظنك بمال أهل البغي لاسيما اذا كان فيه دفع شرهم وان لم يحتاجوا اليه حبسه عنهم كسائر أموالهم لان في رده عليهم تقوية لهم واعانتهم على المعصية والكراع يباع ويحبس ثمنه لان حبس الثمن أيسر وأحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب أوزارها وزالت الفتنة ردها عليهم لزوال المانع ولو كان معهم أهل الذمة يعينونهم على القتال فحكمهم كحكم أهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم ولا أخذ أموالهم لان عهدهم لم ينتقض به قال رحمه الله (وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شئ) أي ان قتل باغ باغيا مثله في عسكرهم عمدا ثم ظهر عليهم لم يجب عليه القصاص لان القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا ولاية للامام عليهم حالة القتل فلم يوجب ولم ينقلب موجبا بعده كالقتل في دار الحرب قال رحمه الله (وان غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به) يعني اذا غلب البغاة على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على أهل المصر أحكام أهل البغي بل أزعجهم الامام العدل قبل ذلك عن ذلك المصر لان ولاية امام أهل العدل لم تنقطع قبل أن تجرى أحكامهم فيجب القصاص وبعد الاجراء تنقطع فلا يجب قال رحمه الله (وان قتل عادل باغيا أو قتله باغ وقال أنا على حق ورثه وان قال أنا على باطل لا) أي قتل رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغي أو قتل رجل من أهل البغي رجلا من أهل العدل وقال الباغي القاتل قتلته وأنا على الحق ورثه وان قال

الجمل اهـ اتقاني (قوله ونحن نقول الحكم يدار على الدليل) أي وهو الاجتماع اهـ (قوله وهو المراد بقول علي ولا يكشف ستر) قال العيني في شرح الهداية قوله ولا يكشف ستر أي لا تسبى نساؤهم اهـ (قوله فتكون أموالهم وأنفسهم معصومة بالعصمتين) أي الاسلام والدار اهـ (قوله والكراع) قال في ديوان الادب الكراع الخيل اهـ اتقاني (قوله في المتن وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شئ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في أهل البغي اذا كانوا في عسكر فقتل رجل منهم رجلا منهم عمدا ثم ظهر نا عليهم قال ليس عليهم شئ أي لا يجب على القاتل دية ولا قصاص وهذا لانه قتل نفسا يباح قتلها ألا ترى أن العادل اذا قتله لا يجب شئ لان لاهل العدل أن يقتلوهم كسرا لشوكتهم فلما كان يباح قتلها لم يجب شئ اهـ اتقاني (قوله بل أزعجهم الامام العدل قبل ذلك) أي قبل اجراء الاحكام أي أقلع أهل البغي من المصر قبل أن تجرى أحكامهم اهـ

(قوله وبعد الاجراء تنقطع فلا يجب) أي ولكن يستحق عذاب الآخرة اهـ اتقاني (قوله في المتن وان قتل عادل باغيا الخ) وأصله ان ما تلف بين أهل العدل والبغي من نفس أو مال فلا ضمان فيه على واحد من الفريقين لكن يأثم الباغي وقال الشافعي في القديم يجب على الباغي ضمان النفس والمال وفي الجديد لا ضمان عليه اهـ

قتله وأنا على الباطل لا يرث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا يرث العادل أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث القاتل ولهذا عنده لو قتله بحق من قصاص أو رجم أو حكم عليه بذلك أو شهد عليه لا يرث فلنا حرمان الارث جزاء الجريمة ولا جريمة في القتل الواجب أو الجائز فلا يحرم وقتل الباغي واجب فلا اثم على القاتل بقتله ولا يجب الضمان عليه فكذا لا يحرم الارث لان حرمانه من باب العقوبة وكذا الباغي لا يحرم لانه أتلف ما أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا انضمت اليه منعة كتأويل أهل الحرب والمرتدين ألا ترى الى ما روى عن الزهري أنه قال هاجت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فأجمعوا على ان لا يقاد أحد ولا يؤخذ بمال على تأويل القرآن الا من وجد ماله بعينه رواه أحمد وكذا أجمعوا على أن ما أتلفه أهل الردة لا يجب عليهم ضمانه رواه البرقاني على شرط البخاري ولان الاحكام لا بد فيها من الالزام ولا الزام منه لاعتقاده الاباحة ولا التزام من الامام لعدم الولاية بمنعتهم ولا يمكن القياس على ما اذا لم يكن لهم تأويل أو منعة لان الولاية باقية قبل المنعة والالتزام موجود عند عدم التأويل ولا بد من المنعة والتأويل لسقوط الضمان حتى لو تغلب لصوص غير متأولين على مدينة فقتلوا النفس وأخذوا المال أخذوا بجميعه لعدم التأويل وكذا لو تغلب رجل أو رجلان فأخذوا المال وأتلفوا النفس بتأويل أخذوا بجميع الاحكام لعدم المنعة ثم قال صاحب الهداية ان العادل اذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم لانه لا منعة في حق الشارع وكذا قال في البدائع لا يضمنون ما أصابوا من دمائنا وأموالنا اذا كان لهم منعة وكذا أهل العدل لا يضمنون ما أصابوا من دمائهم وأموالهم لان ما أتلفوا دفعا لقتالهم عن أنفسهم والعادل اذا أتلف عادلا عبدا أو حرا أو ماله دفعا لقتاله لا يضمن فالباغي أولى وفي شرح المختار وقال محمد اذا تابوا أفتيهم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لانهم أتلفوا بغير حق فبسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى وفي المحيط العادل اذا أتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان لان مال الباغي معصوم في حقنا وأمكن الزام الضمان فكان في ايجابه فائدة بخلاف ما اذا أتلفوا مال العادل فعلى هذا ما ذكره في الهداية والبدائع من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا أتلفه حالة القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه أن يقتلهم الا باتلاف شئ من مالهم كالخيل والقماش الذى عليهم وعند ارسال الماء والنار عليهم وأما اذا أتلفوها في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لان مالهم معصوم واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع من وجوب الضمان والاثم ثم أبو يوسف يقول في قتل الباغي للعادل انه قتل بغير حق فيتعلق به حرمان الارث كقتل الخاطئ بل أولى لانه يأثم والخاطئ لا يأثم بالقتل والتأويل الفاسد يلحق بالصحيح في حق دفع الضمان والحاجة هنا الى استحقاق الارث لا الى الدفع ولهما أن هذا قتل حصل بتأويل صحيح عند القاتل لانضمامه الى المنعة وان كان هذا التأويل فاسدا في نفسه ألا ترى أنه يسقط به الضمان فكذا لا يوجب الحرمان وقوله والحاجة الى استحقاق الارث هنا لا الى الدفع قلنا ممنوع بل الحاجة هنا الى دفع الحرمان لان الارث يستحق بسببه كالنسب أو السبب وهو موجود فيرث به ويدفع الحرمان الذى ثبت جزاء على فعله بتأويله الفاسد شرطه وهو أن يكون مصرا ليكون صحيحا اعتقاده بخلاف الخاطئ فان الخطأ لا يدفع جزاء فعله في الدنيا ألا ترى أنه يجب عليه الدية والكفارة والباغي لا يلزمه شئ من ذلك قال رحمه الله (وكره بيع السلاح من أهل الفتنة) لانه اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولان الواجب قلع سلاحهم بما أمكن حتى لا يستعملوه في الفتنة فالمنع أولى قال رحمه الله (وان لم يدر أنه منهم لا) أي لم يدر أنه من أهل الفتنة لا يكره البيع له لان الغلبة في دار الاسلام لاهل الصلاح وعلى الغالب تبنى الاحكام دون النادر وانما يكره بيع نفس السلاح دون ما لا يقاتل به الا بصنعة كالحديد لان المعصية

(قوله وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين) أي بخلاف ما اذا قتل العادل الباغي حيث لا يحرم الارث بالاتفاق لانه قتل بحق اه اتقاني وكتب ما نصه يعني العادل اه وكتب على قوله في الوجهين ما نصه أي فيما اذا قال كنت على حق وفيما اذا قال كنت على باطل اه (قوله ولهما أن هذا قتل حصل بتأويل صحيح الخ) وقال أبو حنيفة ومحمد ان التأويل الفاسد جعل كالصحيح في حق أحكام الدنيا ولهذا لم يجب به الضمان لا دية ولا قصاص ولا كفارة فلا يجب الحرمان أيضا وتحقيقه أن سبب الارث وهو القرابة موجود فاعتبر تأويله في حق دفع الضمان فيعتبر في دفع الحرمان عن الارث أيضا لكن شرط الارث أن يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته فلا ارث كما اذا قال كنت على الباطل اه اتقاني رحمه الله ﴿فروع﴾ ويكره أن يبعث رؤس البغاة أو الحربي الى الآفاق الا اذا كان في ذلك وهن لهم فلا بأس به ثم قتلى أهل العدل شهداء يفعل بهم كما يفعل بالشهداء يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ويصلى عليهم اه اتقاني وقتلى أهل البغي لا يصلى عليهم سواء كانت لهم فئة أو لا هو الصحيح ولكن يغسلون ويكفنون اه شرح هداية للعيني قال في التجنيس بعلامة الواو حمل رؤس الكفار الى دار الاسلام مكروه لما روى عقبة بن عامر الجهني أنه أنكر أبو بكر الصديق رضي الله عنه ذلك اه

تتع

تقع بعين السلاح بخلاف الحديد ألا ترى ان العصير والخشب الذى يتخذ منه المعازف لا يكره بيعه لانه لا معصية فى عينها وكذا لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة لانه ليس عينها منكرا وانما المنكر فى استعماله المحظور ثم ذكروا أن الحديد لا يجوز بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغى والذى يظهر من الفرق أن أهل البغى لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب

﴿ كتاب اللقيط ﴾

اللقيط اسم لشئ منبوذ فى اللغة فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح وفى اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حى طرحه أهله خوفا من العيلة أو التهمة سمى به باعتبار مايؤل اليه لما أنه يلقط وهو من باب وصف الشئ بالصفة المشارفة كقوله من قتل قتيلا فله سلبه قال رحمه الله (ندب التقاطه ووجب ان خاف الضياع) لما فيه من احياء النفس لانه على شرف الهلاك قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا وفى رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من أفضل الاعمال ولهذا قيل محرزه غانم ومضيعه آثم وقال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ثم هو مندوب اليه ان كان فى غالب رأيه انه لا يهلك بان وجده فى المصر كما بينا ومفروض عليه ان غلب على ظنه ضياعه بان وجده فى مفازة ونحوه من المهالك صيانة له ودفعا للهلاك عنه كمن رأى أعمى يقع فى البئر ونحوه يفترض عليه حفظه من الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته قال رحمه الله (وهو حر) لانه الاصل فى بنى آدم انهم أولاد حواء وآدم والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد ما يغيره ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الاصل اذ هو الظاهر والغالب ثم هو حر فى جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف أمه لوجود ولد منها لا يعرف له أب قال رحمه الله (ونفقته فى بيت المال) روى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما ولانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد للصرف الى مثله فصار كالمقعد الذى لا مال له ولا قريب ولان ميراثه لبيت المال فتجب نفقته منه لان الخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه وقد بينا النوع الذى يستحق فيه النفقة من بيت المال فى أواخر باب الجزية من كتاب السير ولو أنفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعا لانه ليس له ولاية الالزام الا أن يأمره القاضى بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط بها لان للقاضى ولاية عليه فيكون دينا عليه ثم مجرد أمر القاضى بالانفاق عليه يكفى للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوى كما اذا قضى دينا على شخص بأمره فانه يرجع عليه وفى الاصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الامر الا اذا صرح له بانه ينفق عليه ليرجع عليه لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال قال رحمه الله (كارثه وجنايته) أى نفقته فى بيت المال كما يكون

عقب اللقيط واللقطة بالجهاد لما فيهما من عرضية الفوات لنفس والاموال وقدم اللقيط على اللقطة لما أن ذكر النفس مقدم اه دراية قال الاتقانى ذكر اللقيط واللقطة بعد السير لما أن النفوس والاموال فى الجهاد على شرف الهلاك فكذلك اللقيط واللقطة على شرف الهلاك وقدم اللقيط على اللقطة لكون النفس أعز من المال وانما قدم السير عليهما لان فى الجهاد إعلاء كلمة الله تعالى وإخلاء العالم عن الفساد الذى هو رأس كل معصية وهو الكفر والجهاد فرض على سبيل الكفاية لقوله تعالى اقتلوا المشركين أو فرض عين اذا كان النفير عاما وقدمر ذلك ولان الالتقاط مندوب اليه لقوله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا غاية ما فى الباب أنه يجب الالتقاط اذا خيف الضياع على اللقيط ولا شك أن مرتبة الفرض أقوى فكان تقديمه أولى اه (قوله فعيل بمعنى مفعول) أو بمعنى الفاعل كأنه يدعو صاحبه الى لقطه كما يقال ناقة حلوب اذا كانت كثيرة اللبن كأنها تدعو صاحبها الى الحلب وكاللقطة على ما يأتيك اه مشكلات خواهر زاده (قوله وفى اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حى طرحه أهله الخ) قال الاتقانى وفى الشريعة اسم لما يوجد مطروحا على الارض من صغار بنى آدم واللقطة اسم لما يوجد مطروحا على الارض من الاموال اه (قوله فى المتن ووجب) أى فرض لما سيجئ اه (قوله فى المتن وهو حر) أى ولو كان الملتقط عبدا اه كمال وكتب ما نصه فى جميع أحكامه كما يأتى اه وكتب أيضا ما نصه لما روى فى الاصل عن على رضى الله عنه أنه قال اللقيط حر وولاؤه وعقله للمسلمين وعن عمر مثله وعن شريح وابراهيم مثله اه اتقانى (قوله ولا يحد قاذف أمه) أى لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد مع احتمال السقوط اه كمال (قوله فى المتن ونفقته فى بيت المال) أى اذا لم يكن له مال اه كاكى (قوله ولهذا كانت جنايته الخ) وحكم ما اذا قتل اللقيط عمدا أو خطأ ينظر قبيل باب العشر والخراج من كتاب السير اه (قوله لانه ليس له ولاية الالزام الا أن يأمره القاضى) أى وان كان مع اللقيط مال أو دابة فهو له ينفق عليه منه بامر القاضى لان اللقيط حر وما فى يده فهو له نظاهر يده كذا ذكر فى فتاوى الولوالجى اه اتقانى وسيجئ هذا متنا وشرحا اه (قوله فيكون دينا عليه) أى اذا كبر اه اتقانى (قوله لان مطلقه) أى محتمل اه (قوله قد يكون للحث والترغيب) أى فى اتمام ما شرع

ارثه له وجنايته فيه على ما بينا قال رحمه الله (ولا يأخذه منه أحد) أى لا يأخذ اللقيط أحد من الملتقط لان يده سبقت اليه فكان أحق بحفظه ولم يكن لغيره أن ينزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره ليس له أن يسترده لانه رضى باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضى فله أن لا يقبله منه لاحتمال انه ولده دفعه اليه لتكون مؤنته فى بيت المال وان أقام بينة انه لقيط أو علم القاضى بذلك فكذلك له أن لا يقبله منه لانه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته ثم أراد أن يعزل نفسه فلا يسمع منه ان شاء كالوصى اذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصى قال رحمه الله (ويثبت نسبه من واحد) يعنى اذا ادعاه ولم يدعه الملتقط والقياس أن لا يثبت نسبه منه لانه يتضمن ابطال حق الملتقط فى اليد ولا علك ذلك وجه الاستحسان أنه اقرار بما ينفعه وهو محتاج اليه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه والملتقط لا ينازعه فيه فتصح دعوته ثم من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من الاجنبى وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وقيل يصح فى حق النسب دون ابطال اليد للملتقط لان يده ثبتت فى وقت لا منازع له فيه فلا يقدر على ابطالها والاصح الاول لما ذكرنا هذا اذا لم يدع الملتقط معه وان ادعاه فدعوة الملتقط أولى وان كان ذميا والآخر مسلما لانه صاحب يد والقياس أن لا تقبل دعوة الملتقط أصلا لانه تناقض كلامه بدعواه انه ابنه بعد ما أقر أنه لقيط ولانه باقراره يلزم اللقيط حكم النسب والاقرار على الغير لا يصح وجه الاستحسان أنه اقرار على نفسه بأنه تلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه ويكتسب له ما ينفعه وقد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى لا يمنع القبول كالملاعن اذا أكذب نفسه وقيل يقبل قوله قياسا واستحسانا لانه ليس فيه ابطال يد أحد والنسب ينفعه على ما بينا بخلاف دعوة الاجنبى والاصح انه على القياس والاستحسان كدعوة الاجنبى وان اختلف وجه القياس فيهما على ما بيناه قال رحمه الله (ومن اثنين) أى يثبت نسبه من اثنين أيضا كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد أو بينة أو ذكر علامة

فيه من التبرع اه اتقانى وكتب ما نصه وقد يكون للرجوع اه (قوله وجنايته فيه) أى لو جنى اللقيط جناية خطأ على انسان تكون ديته فى بيت المال اه (قوله فكان أحق) أى كما فى سائر المباحات اه اتقانى (قوله فلا يسمع منه ان شاء كالوصى الخ) فان مات اللقيط وترك ميراثا أولا فادعى رجل أنه ابنه لا تصح دعوته استحسانا أيضا لان فى حالة الحياة انما صحت دعوته النسب (١) لان فيه من كل وجه وهو النسب وبالموت استغنى عن النسب بقى كلامه فى دعوى الميراث فلا يصدق فيه الا بحجة كذا فى المبسوط والذخيرة اه كاكى (قوله اذا ادعاه) أى مدع أنه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا اه كمال رحمه الله (قوله ولم يدعه الملتقط) يعنى سابقا على دعوى المدعى أو مقارنا أما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى وان ادعياه معا فالملتقط أولى ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما فى الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذمى ويحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا والقياس أن لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن إبطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان أنه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه اذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا فى ذلك غير ممتن به ويد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوى فتقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مرتبا على وجوب اتصال هذا النفع اليه لان الاب أحق بكونه فى يده من الاجنبى وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعى ويكون فى يد الملتقط للجمع بين منفعتى الولد والملتقط وليس بشئ اه كمال رحمه الله (قوله ولا علك ذلك) أى الا ببينة اه (قوله ويعير) أى يذم اه (قوله هذا اذا لم يدع الملتقط معه) قال الاتقانى أما اذا لم يدعه من هو فى يده فهو ابن المدعى سواء صدق الذى هو فى يديه أو كذبه فيكون اه (قوله وان ادعاه فدعوة الملتقط أولى) قال الكرخى فى مختصره فان سبق الذى هو فى يده أو الخارج فهو للمدعى الاول منهما الا أن يقيم الآخر بينة أنه ابنه فيكون ابن الذى أقام البينة دون المدعى اه اتقانى وسيأتى هذا فى كلام الشارح اه (قوله وان كان ذميا والآخر مسلما) أى حتى لو كان فى يد ذمى يدعى أنه ابنه وأقام بينة من المسلمين أنه ابنه قضى للذمى بحكم يده وأما لو كان المدعى للقيط خارجين وأحدهما مسلم والآخر ذمى وأقاما بينة من المسلمين يقضى للمسلم اه كاكى (قوله وقد يخفى على الانسان ولده الصغير) أى ويظن أنه لقيط اه وكتب ما نصه فربما يكون الصبى منبوذ البعض الحوادث فيظن الملتقط أنه لقيط ثم يتبين أنه ولده فلا تناقض اذا اه اتقانى (قوله وان اختلف وجه القياس فيهما) أى فان وجه القياس فى الخارج استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى أنه لقطه كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض اه (قوله يثبت نسبه من اثنين أيضا) أى فان ادعاه أكثر من رجلين روى عن أبى حنيفة أنه يسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا يسمع من أكثر من ذلك وقال محمد يسمع من ثلاثة ولا يسمع من أكثر من ذلك اه

---

(١) قوله لان فيه من كل وجه هكذا فى الاصل ولعل فى الكلام سقطا فليحرر اه مصححه

فيكون ابنهما الاستوائهما فى النسب والنسب يثبت من اثنين أيضا عند الاستواء فى الحجة عندنا على ما بينا فى باب الاستيلاد قال رحمه الله (وان وصف أحدهما علامة به) أى بالولد (فهو أحق به) لان ذكر العلامة يدل على انه كان فى يده فالظاهر أنه له فيترجح بها بخلاف اللقطة حيث لا يترجح صاحب العلامة عند التنازع فيها لان الترجيح لا يعتبر الا بعد وجود سبب الاستحقاق وقد وجد ذلك فى اللقيط وهو الدعوى دون اللقطة ألا ترى أن أحدهما لو انفرد بها لا يؤمر بالتسليم فى اللقيط واعتبار العلامة له أصل فى الشرع قال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل الآية وقال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وان وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل الا ببينة لان البينة أقوى ولو ادعت امرأتان قضى به لهما عند أبى حنيفة وعندهما لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما يتعلق بحقيقة الولادة وهو محال منهما بخلاف الرجل قال رحمه الله (ومن ذمى وهو مسلم ان لم يكن فى مكان أهل الذمة) أى يثبت نسبه من ذمى اذا ادعاه ويكون اللقيط مسلما ان لم يوجد فى مكان أهل الذمة وهذا استحسان لان دعوته تتضمن النسب وهو نفع له وابطال الاسلام الثابت بالدار يضره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابناله أن يكون كافرا كما لو أسلمت أمه والقياس أن لا تقبل دعوته لانه حكم له بالاسلام فلو جعل ابناله صار تبعاله فى الدين وهو يضره وجه الاستحسان ما بيناه وقوله ان لم يكن فى مكان أهل الذمة تصريح بان المعتبر هو المكان وقد اختلف المشايخ فيه فحاصله ان هذه المسئلة على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم فى مكان المسلمين كالمسجد أو القرية أو المصر للمسلمين فيكون مسلما والثانى أن يجده كافر فى مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة وقرية من قراهم فيكون كافرا والثالث أن يجده كافر فى مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم فى مكان الكافرين ففى هذين الفصلين اختلفت الرواية ففى كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه ولان المسلم لا يضع ولده فى البيعة ولا الكافر فى المساجد وفى رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد لقوة اليد ألا ترى أن تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبى الصغير مع أحد أبويه يعتبر كافرا فكذا هذا مع يد الواجد لا يعتبر المكان لانه كالاب فى حقه لقيامه بتربيته وفى رواية أيهما كان

بدائع وكذا فى شرح الاتقانى والكمال بمعناه اه (قوله فى المتن وان وصف أحدهما علامة به) أى اذا ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة فى جسده فهو أولى به قال الاتقانى هذا اذا ادعى نسب الولد رجلان خارجان لانه اذا كان أحدهما ذا اليد كان هو أولى به الا اذا أقام الآخر البينة قال الامام الاسبيجابى ولو ادعاه رجلان أنه ابنهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فانه يقضى به للمسلم وان كانا مسلمين فايهما أقام البينة قضى له ولو أقاما جميعا البينة قضى لهما ولو لم يقيما البينة غير أن أحدهما وصف بجسده علامات فاصاب والآخر لم يصف فانه يجعل ابن الواصف ولو لم يصف كل واحد منهما فانه يجعل ابنهما وذلك لان العلامة تصلح أن تكون مرجحة كما فى متاع البيت اه قال الكمال ولو أقاما البينة وأحدهما مسلم كان ابنا للمسلم ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو أقاماوهما مسلمان ولو كانت دعوى أحدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثانى علامة لثبوته فى وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما اه ما قاله الكمال وكتب ما نصه قال الكمال ولو ادعاه اثنان خارجان معا ووصف أحدهما علامة فى جسده فطابق فهو أولى به من الآخر الا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذى العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمى اه (قوله ولو ادعت امرأتان قضى به لهما الخ) ولو ادعت امرأتان اللقيط أنه ولدهما وكل واحد منهما يقيم البينة على رجل على حدة أنها ولدته منه قال أبو حنيفة يصير ولدهما من الرجلين جميعا وقالا لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين اه قاضيخان ولو ادعته امرأة أنه ابنها فان صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو أقامت بينة صحت دعواها والا فلا لان فيه حمل النسب على الغير وانه لا يجوز اه بدائع (قوله عند أبى حنيفة) أى فى رواية أبى حفص اه اتقانى (قوله وعندهما لا يقضى لواحدة منهما) أى وهو رواية أبى سليمان عن أبى حنيفة اه اتقانى (قوله وهو محال منهما) أى ولابى حنيفة أنه حمل مجازا عن دعوى الارث والتربية وهو من أحكام النسب كما فى حق الرجلين اه اتقانى (قوله فى المتن ومن ذمى وهو مسلم الخ) قال الكمال واذا حكمنا بانه ابن الذمى وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده اذا قارب أن يعقل الاديان كما قلنا فى الحضانة اذا كانت أمه المطلقة كافرة اه (قوله ففى كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه) أى والسبق من أسباب الترجيح اه فتح (قوله وفى رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد) أى كالمباحات التى تستحق بسبق اليد اه اتقانى (قوله ألا ترى أن تبعية الابوين فوق تبعية الدار) أى لان بينه وبين الابوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان اه كاكى (قوله وفى رواية) أى فى كتاب الدعوى اه اتقانى قال الكمال وفى كتاب الدعوى اختلفت النسخ فى بعض النسخ اعتبر الواجد فى الفصلين وفى بعض نسخه أى نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام أى ما يصير الولد به مسلما نظر اللصغير ولا ينبغى أن يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجده كافر فى دار الاسلام أو مسلم فى كنيسة كان مسلما فصارت الصور أربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم فى قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر

موجبا الاسلامه فهو المعتبر لان الاسلام يعلو ولا يعلى وهو أنفع له أيضا وفى رواية يحكم بزيه فان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الكفرة نحو الصليب والزنار فهو كافر قال رحمه الله (ومن عبد وهو حر) أى يثبت نسبه من عبد اذا ادعاه ويكون الولد حرا لان ثبوت النسب منه محض منفعة فى حقه وهو لا يتبعه فى الرق وانما يتبع أمه وقد تلد حرة فيكون ولده حرا فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالوهم ولو قال العبد هو ولدى من زوجتى وهى أمة فصدقه مولاها ثبت نسبه ويكون حرا عند محمد لانه حر باعتبار الاصل فلا تبطل الحرية بتصادق العبد وسيدها وقال أبو يوسف يكون عبدا لسيدها لان الامة أمه فاذا ثبت النسب منها ثبت ما هو من ثمراته وهو الرق اذ يستحيل أن يكون المولودين رقيقين حرا بخلاف الذمى على ما بينا قلنا لا يستحيل ذلك لانه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالشك والحر فى دعوة اللقيط أولى من العبد ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الامة فالذى يدعى من الحرة أولى لانه أكثر اثباتا لكونه يثبت جميع أحكام النسب ولو كانت الامة سرية له لانه يثبت الاحكام من جانب والآخر من الجانبين فكان أولى والمسلم أحق من الذمى عند التنازع لانه أنفع له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذمى أولى لان الترجيح بالاسلام يكون عند الاستواء ولا استواء وكذا العبد لا يترجح باليد قال رحمه الله (ولا يرق الا ببينة) لانه حكم بحريته بالدار فلا يتغير ذلك الا بحجة ويشترط أن يكون الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار أو باليد فلا يحكم عليه بشهادة الكفار الا اذا اعتبر كافرا بوجوده فى موضع أهل الذمة على ما بينا والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم أنه أحق بحفظه فيقيم عليه البينة ليتوصل الى حقه وكذا اذا صدقه اللقيط قبل البلوغ لا يسمع تصديقه لانه يضر به نفسه بعد الحكم بالحرية بخلاف ما اذا كان صغيرا فى يد رجل فادعى انه عبده وصدقه الغلام فانه يكون عبدا له وان لم يدرك لانه لم يعرف الا فى يده فالقول قول ذى اليد كالذى لا يعبر عن نفسه لقيام يده لا بتصديقه ولهذا لو سكت يكون عبدا له لكن اذا أدرك لا يصح لقيام يده من وجه وان صدقه بعد الادراك ينظر فان كان بعد ما أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار من قبول شهادته وحد قاذفه لا يصح اقراره بالرق لانه اتصل به التكذيب من جهة الشرع فصار كما لو اتصل به التكذيب من جهة المقر له قال رحمه الله (وان وجد معه مال فهو له) لانه فى يده وهو من أهل الملك لكونه حرا فيكون ما فى يده له باعتبار يده وكذا اذا كان المال مشدودا على الدابة واللقيط عليها لشهادة الظاهر من حاله ويصرفه الملتقط اليه بامر القاضى عند البعض لانه مال ضائع لا يعرف له مالك وللقاضى ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه اليه بغير أمره لانه مال اللقيط ظاهرا لما ذكرنا ومن شده وجعل له ظاهرا أن للملتقط ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه لمصلحة اللقيط من ماله ولا يقال الظاهر لا يصلح للاستحقاق بل للدفع لانا نقول غرضنا بذلك دفع الغير فاذا اندفع بقى المال

في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهما مسلم فى نحو كنيسة أو كافر فى نحو قرية المسلمين اه (قوله وان كان عليه زى الكفرة نحو الصليب والزنار فهو كافر) أى كما اذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزى والعلامة للفصل اه كاكى (قوله فى المتن ومن عبد وهو حر) قال فى الفتاوى الولوالجى ولو وجد العبد اللقيط ولم يعرف ذلك الا بقوله وقال المولى كذبت بل هو عبدى فالقول قول المولى ان كان العبد محجورا لان ما فى يد المحجور كأنه فى يد المولى لانه ليس له يد على نفسه ولهذا لو أقر بعين آخر فى يده لغير المولى لم يصح اقراره اذا كذبه المولى كما لو كان العين فى يد المولى وان كان مأذونا له فى التجارة فالقول قول العبد لان للمأذون يدا على نفسه ولهذا لو أقر بعين آخر فى يده لعبد المولى يصح اقراره وان كذبه المولى فيكون القول قوله (٣٠٠) فيما فى يده قوله وان كذبه المولى فيكون القول قوله أى فيكون الولد الذى فى يده حرا الا أن يقيم سيده بينة أنه عبده اه كمال (قوله ويكون الولد حرا) أى لان دعواه تضمنت شيئين النسب والرق ففى الاول نفع الصبى لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب فيثبت ذلك وفى الثانى ضرر فلا يثبت ذلك لان الظاهر هو الحرية اه اتقانى (قوله والخصم فيه الخ) جواب سؤال مقدر هو أن يقال البينة لا تقوم الا على خصم منكر ولا خصم هنا اه (قوله هو الملتقط) أى لانه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الأوجه والفرق أن يده لمنفعة الولد وفى دعوى النسب منفعة تفوت المنفعة التى أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزول لحصول ما يفوت المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو بما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزول الا ببينة اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن وان وجد معه مال فهو له) أى ثم الملتقط ينفق عليه من ذلك المال بامر القاضى لعموم ولاية القاضى وهذا لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وهو ظاهر الرواية قال فى الشامل وهو مصدق فى نفقة مثله اه اتقانى (قوله وكذا اذا كان المال مشدودا على الدابة واللقيط عليها) قال الحاكم فى الكافى وان وجد اللقيط على دابة فالدابة له اه اتقانى (قوله ويصرفه الملتقط اليه بامر القاضى) قال الكمال لانه مال ضائع أى لا حافظ له وما لكه وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ وللقاضى ولاية صرف مثله اليه وكذا الغير الواجد بامره اه قوله وللقاضى ولاية صرف مثله اليه أى وكذا الغير بامره اه كافى (قوله لمصلحة اللقيط من ماله) أى وبهذا قال أحمد اه فتح وفى المبسوط وكذا تكون الدابة له لسبق يده اليها فان المركب تبع للراكب وهو كما لو كان آخر معه اه كاكى

ضائعا فيصرفه عليه على أنه ملكه أو بيت المال قال رحمه الله (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع واجارة) لان ولاية التزويج على الغير يستحق بقرابة أو ملك أو سلطنة ولم يوجد شيء منها والتصرف في المال لا يجوز الا بكمال الرأي ووفور الشفقة وذلك يوجد في الاب والجد لا غير ولهذا لا تملكه الام مع انها تملك الانكاح فهذا أولى وهذا لان في كل منهما لم يوجد الا شطر العلة وهي كمال الشفقة فيها أو كمال الرأي فيه فصار كالعم والاجارة لا يملكها من لا يملك اتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك أن يؤجره كالعم بخلاف الام فانها تملكه على ما عرف في موضعه وذكر القدوري انه له أن يؤجره لانه يرجع الى تثقيفه والاول أصح وهو رواية الجامع الصغير قال رحمه الله (ويسلمه في حرفة) لانه نفع محض يهذب نفسه ويطالع صاحب الحرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سبب سعادته في الدنيا والآخرة قال رحمه الله (ويقبض هبته) أي اذا وهب اللقيط هبة فللملتقط أن يقبضها لانه نفع محض وليس فيها احتمال خلافه ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب اللقطة

اللقطة مثل اللقيط في الاشتقاق والمعنى فان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع واللقطة بضم اللام وفتح القاف اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم المفعول كالضحكة والضحكة وسمي هذا المال الملقوط باسم الفاعل منه لزيادة معنى اختص به وهو ان كل من رآها يميل الى رفعها فكأنها تأمره بالرفع لانها حاملة عليه فأسند اليها مجازا فجعلت كأنها هي التي رفعت نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لان من رآها رغب في الركوب والحلب فنزلت كأنها حلبت نفسها أو ركبت نفسها قال رحمه الله (لقطة الحل والحرم أمانة ان أخذها ليردها على ربها وأشهد) لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء ويجب اذا خاف ضياعه فاذا كان كذلك لا يكون

(قوله في المتن ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع) أي وشراء المستحق الثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اهـ فتح (قوله ولهذا لا تملكه الام مع أنها تملك الانكاح) أي عند عدم العصبة اهـ (قوله وهذا لان في كل منهما) أي من الام والملتقط اهـ (قوله بخلاف الام فانها تملكه) أي تملك استخدام ولدها واجارته اهـ (قوله وذكر القدوري أنه له أن يؤجره) سيأتي في آخر الكراهية أن هذا أقرب لان فيه نفعا محضا اهـ (قوله لانه يرجع الى تثقيفه) أي تقويمه اهـ (قوله في المتن ويسلمه في حرفة) أي لانه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصيانته عن الفساد اهـ فتح

كتاب اللقطة

مناسبة الكتابين أعني كتاب اللقيط وكتاب اللقطة في غاية الظهور لوجود معنى اللقط فيهما جميعا الا أن اللقيط اختص بالمنبوذ من بني آدم واللقطة اختصت بالمنبوذ من المال لان فعلة يدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء المال المنبوذ كأنها تلقط نفسها لكثرة رغبات الناس فيها وميلان الطبع اليها فسمي لقطة على الاسناد المجازي وفي المنبوذ من بني آدم إباء عن قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمي لقيطا أي ملقوطا على سبيل التفاؤل وارادة الصلاح في حاله كما سمي اللديغ سليما والمهلكة مفازة اهـ اتقاني وقال الكمال هي أي اللقطة فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة الذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار أنه داع الى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقة الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضا محمول على هذا يعني يطلق على المال أيضا اهـ كلام الكمال (قوله ويجب الخ) تبع صاحب الكافي في التعبير بلفظ الوجوب وفي الخلاصة يفترض وعلى هذا فالمراد بالوجوب الافتراض وقال في الهداية أي الالتقاط الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا اهـ وكتب ما نصه أي يفترض كما تقدم في اللقيط اهـ قال الاتقاني ثم الاصل في جواز أخذ اللقطة قوله عليه الصلاة والسلام من أخذ لقطة فليشهد ذوي عدل قال في الشامل في قسم المبسوط أخذ اللقطة مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال في شرح الطحاوي اذا وجد لقطة فالافضل له أن يرفعها اذا كان يأمن على نفسه واذا كان لا يأمن لا يرفعها وقال في شرح الاقطع يستحب أخذ اللقطة ولا يجب قال في النوازل قال أبو نصر محمد بن محمد بن سلام ترك اللقطة أفضل في قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه وقال في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يفترض الرفع وان لم يخف يباح رفعها أجمع العلماء عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب الى هنا لفظه وقال في الفتاوى الولوالجي اختلف العلماء في رفعها قال بعضهم رفعها أفضل من تركها وقال بعضهم يحل رفعها وتركها أفضل وجه القول الاول أنه لو تركها لا يأمن من أن يصل اليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها وجه القول الثاني أن صاحبها يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ثم قال والاول أصح وقال الاسبيجابي في شرح

مضمونا عليه وصاحبها أيضا رضي بالاخذ ليحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان وانما قلنا بانه مأذون فيه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتيه من يشاء رواه أحمد وابن ماجه وهذا مطلق فيتناول لقطة الحل والحرم وقالت المتقشفة لا يحل له أن يرفعها لان مال الغير لا يجوز اثبات اليد عليه الا باذنه كما لا يجوز تناوله الا باذنه وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين يحل له أن يرفعها والترك أفضل لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع والحجة عليهم ما بينا ولانه لو تركها لا يأمن أن يصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها قالوا اذا كان يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك أفضل صيانة لنفسه عن الوقوع في المحرم واذا أخذها عرفها حتى يوصلها الى مالكها والاشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها أنه أخذها ليردها عليه لا يضمن وان لم يشهد لان اقراره حجة عليه كالبينة ولو أقر انه أخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير فصار كالغاصب وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى أنه أخذها للرد وادعى صاحبها انه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن لان أخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد ولان الملتقط منكر والمالك مدع للضمان فالقول قول المنكر ولهما انه أخذ مال الغير بغير اذنه وهو سبب الضمان فيضمن وهذا لان الاذن مقيد بالاشهاد على ما روينا واذا لم يشهد لم يوجد فيضمن وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه وصار نظير ما لو أخذ مال الغير وادعى أنه وديعة قالوا هذا الاختلاف عند الامكان وأما اذا لم يمكنه بان لم يجد أحدا يشهده أو خاف عليها من الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد انما يدل على انه أخذها لنفسه عند القدرة وان أشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره ان ردها بعدما حولها ضمن لانه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان به اتفاقا لان الظاهر انه أخذه لنفسه فلا يبرأ بغير الرد على صاحبه ويكفيه في الاشهاد أن يقول من رأيتموه ينشد الضالة فدلوه علي سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر قال رحمه الله (وعرف الى أن علم أن ربها لا يطلبها) أي عرف اللقطة الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها وروى محمد عن أبي حنيفة

الطحاوي ولو رفعها ووضعها في مكانها ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا هذا اذا أخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك فاما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فيه فانه يضمن وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية الى هنا لفظ الاسبيجابي رحمه الله تعالى فرع من سقط منه مال في الطريق وأخذه انسان ليرده على مالكه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما ورده اليه كرده الى صاحبه اه فتح في كتاب السرقة في نقب اللص وانظر ما كتب على قوله في المتن وعرف الخ فانه نافع اه (قوله وليحفظ عفاصها ووكاءها) العفاص الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك والوكاء الرباط الذي يشد به اه كاكي قال الاتقاني والوكاء رباط القربة اه (قوله المتقشفة) المتقشفة المتعمقة في الدين وأصل المتقشف الذي لا يتعاهد النظافة ثم قيل للمتزهد الذي يقنع بالمرقع من الثياب والوسخ متقشف من القشف وهو شدة العيش وخشونته اه مغرب (قوله وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين يحل له أن يرفعها) وبه قال أحمد اه فتح وكتب ما نصه لانه عليه الصلاة والسلام لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها اه فتح (قوله ولانه لو تركها لا يأمن أن يصل اليها يد خائنة) قال الكمال فان غلب على ظنه ذلك ان لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره اه وكتب ما نصه فيضيع ماله فكان رفعها وسيلة الى ايصال الحق الى مستحقه ولهذا قالوا يجب اذا خاف الضياع اه كافي شرح الوافي وقال في الهداية وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا اه قوله وهو أي أخذ اللقطة اه (قوله وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن) أي وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لان الاشهاد غير واجب عليه عندهم بل هو مستحب وذكر في شرح الاقطع قول محمد مثل قول أبي يوسف في أنه لا يضمن والقول له مع يمينه أنه أخذها للرد اه كاكي وكتب ما نصه قال الطحاوي وبه نأخذ اه اتقاني (قوله فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد) أي ولان الاخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا أخذ ان لم يكن الظاهر أنه اخذه للمالك فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكا في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك اه كمال (قوله فلا يضمن بالاتفاق) أي والقول قوله مع يمينه كوني منعني من الاشهاد كذا اه فتح (قوله وذكر الحاكم في مختصره إن ردها بعدما حولها ضمن) وفي الينابيع يضمن سواء حولها أو لم يحولها وهو خلاف ظاهر الرواية وهو الاصح اه (قوله في المتن وعرف الى أن علم أن ربها لا يطلبها) قال في شرح الطحاوي ولو قال التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندي شيء فمن سمعتموه يسأل شيئا فدلوه علي فلما جاء صاحبها قال هلكت لا ضمان عليه وكذا لو وجد لقطتين وقال

من سمعتموه يسأل شيأ فدلوه على ولم يقل عندى لقطتان وكذا لو قال عندى لقطة برئ من الضمان وان كانت عشرا وهذا كله اشهاد أنه انما أخذها ليردها على صاحبها قاله الاتقانى وقال الكمال ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لانه أى اللقطة بتأويل الملتقط اسم جنس ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا فى هذا الزمان قال الحلوانى أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ و يقول اخذها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها كفى بجعل التعريف اشهادا وقول المصنف يكفيه من الاشهاد ان يقول الخ يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذى أمر به فى الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من أصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها و يكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أى الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل مالم يكن عدلا والا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول وعلى هذا الخلاف أبى يوسف فيما اذا لم يعرفها أصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها وأخذها لذلك وقولهما ان إذن الشرع مقيد بالاشهاد أى بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعا فى الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه أخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد أى التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فما ذكر فى ظاهر الرواية من أنه اذا أخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها فى مكانه أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه و به ينتفى الضمان عنه وقيده بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم عاد ضمن و بعضهم ضمنه ذهب بها أولا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفى وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ اه قال قاضيخان فى باب الغصب ولو أخذ لقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذى أخذها منه برئ عن الضمان حتى لو هلك لا يضمن ولم يفصل فى الكتاب بين ما اذا تحول عن ذلك المكان ثم أعاده الى ذلك المكان و بين ما اذا لم يتحول وذكر الحاكم الشهيد تأويلها اذا أعادها قبل التحول فاما بعد التحول لا يبرأ عن الضمان واليه مال أبو جعفر وهذا اذا أخذ اللقطة ليعرفها فان كان أخذها ليأكلها ثم أعادها لا يبرأ عن الضمان مالم يردها الى صاحبها اه قال الولوالجى واذا أخذ اللقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذى وجدها فيه فقد برئ عن الضمان هذا اذا أعادها قبل أن يتحول عن ذلك المكان أما اذا أعادها بعد ما تحول ضمن لانه لما أعادها قبل التحول فقد ترك الحفظ قبل أن يلتزم لان الاخذ متردد بين أن يكون لالتزام الحفظ و بين أن يكون للنظر والتأمل حتى يعلم أنه هل يمكنه الحفظ فكان الاخذ مترددا فلا يصير ملتزما للحفظ بنفس الاخذ فاذا أعاد بعد ما صار تاركا للحفظ قبل أن يلتزمه فلا يكون عليه ضمان فاما اذا تحول بها فانما يتحول بها ليحفظها الا ليتأمل لان هذا المعنى يحصل بنفس الاخذ من غير مشى فكان المشى دليلا على التزام الحفظ فاذا أعادها فقد ترك الحفظ بعد التزامه فيضمن هذا اذا أخذ اللقطة ليعرفها فان أخذها ليأكلها لم يبرأ عن ضمانها حتى يدفعها الى صاحبها لانه لما أخذها ليأكلها صار آخذا لنفسه فصار غاصبا والغاصب لا يبرأ برد الدابة المغصوبة الى دار المغصوب منه والى مربطه وان ردها الى موضع صالح للحفظ فلان لا يبرأ هنا وقد رد الى مكان لا يصلح للحفظ أولى اه وقال فى الينابيع ولو رفع اللقطة من الارض ثم وضعها فى مكانها فهلكت لا ضمان عليه وقال بعض مشايخنا رحمهم الله هذا اذا أخذها ولم يبرح من ذلك المكان حتى أعادها فى مكانها أما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم أعادها فهلكت فانه يضمن وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى مكانها فهو ضامن سواء ذهب عنه أو لم يذهب وهو خلاف ظاهر الرواية وهو الاصح اه (قوله على حسب ما يرى) أى الملتقط اه (قوله فان معها حذاءها وسقاءها) الحذاء بكسر الحاء وذال معجمة وألف ممدودة أراد به خفافها التى تقوى بها على السير وأراد بالسقاء اذا وردت الماء تشرب ما يكون ريها من ظمئها اه كاكى ﴿فروع﴾ سكران ذاهب العقل وقع ثوبه فى الطريق والسكران نائم فى الطريق فجاء رجل وأخذ ثوبه ليحفظه لما أنه خاف ضياعه ضمن لان السكران حافظ لما معه لان الناس يخافون من السكران اه ولوالجى رحمه الله فى فتاواه وفيها رجل التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها فى يد رجل فلا خصومة بينه و بينه وفرق بين هذا و بين الوديعة والفرق أن الثانى فى أخذ اللقطة كالاول وليس الثانى فى أخذ الوديعة كالاول ولو التقط رجل لقيطا ثم أخذه منه رجل فاختصما فيه فالاول أحق به لان الاول صار أحق بامساكه بحكم اليد لانه ليس له مستحق آخر من حيث الظاهر لانه لو كان له مستحق لما وجد مطروحا من حيث الظاهر ولا كذلك اللقطة لان له مستحقا من حيث الظاهر فلا يثبت الاستحقاق لصاحب اليد الاول فكان الثانى فى اثبات اليد كالاول والله أعلم

انه ان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا وقوله أياما أى على حسب ما يرى وقدره محمد فى الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعى ووجهه أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن لقطة الذهب والورق فقال اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فأدها اليه وسئل عن ضالة الابل فقال مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها وسئل عن الشاة فقال خذها فانما هى لك أو لاخيك أو للذئب رواه مسلم والبخارى وغيرهما فقدره بسنة

من غير فصل بين القليل والكثير وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها ان كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا وفيما فوق العشرة الى المائتين شهرا وفي العشرة جمعة وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام وفي درهم يوما وان كانت ثمرة ونحوها تصدق بها مكانها وان كان محتاجا أكلها مكانها فقدر لكل لقطة ما يليق بحالها فكان هذا وما ذكره في المختصر واحدا لانه فوضه الى اجتهاده وهذا قدره باجتهاده فلا تنافي بينهما وهو الذي اختاره صاحب الهداية بقوله وقيل ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وان كانت اللقطة شيأ لا يبقى عرفها حتى اذا خاف أن تفسد تصدق بها وعنه عليه الصلاة والسلام أنه مر بتمرة في الطريق فقال لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها رواه البخاري ومسلم وقال جابر رضي الله عنه رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به رواه أبو داود وقال عليه الصلاة والسلام لأبي بن كعب عرفها فان جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها فأعطها اياه والا فاستمتع بها رواه مسلم وأجد فهذه الاخبار بعضها مقدرة بحول وبعضها بساعة وبعضها مطلقة عن التقدير فهذا يدلك على ان التقدير ليس بلازم وانما هو مفوض الى رأي الملتقط وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي التقطها فيه وفي الجامع فان ذلك أقرب الى الوصول الى صاحبها وعن الحلواني أنه يكفيه الاشهاد أنه أخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك تعريفا وهو المذكور في السير الكبير ولو أن رجلا سيب دابته فأخذها انسان فأصلحها ملكها ان قال مالكها وقت التسييب هي لمن أخذها ولا سبيل له عليها لانه أباح التملك وان لم يقل كان له أن يأخذها منه وكذلك فيمن أرسل صيدا له فان اختلفا فالقول قول صاحبها ذكره أبو الليث وفي الهداية اذا كانت اللقطة شيأ يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون القاؤها اباحة ويجوز الانتفاع به من غير تعريف لكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفي الواقعات المختار في القشر والنواة يملكه وفي الصيد لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد فهو له لاجماع الناس على ذلك وان سلخ شاة ميتة فهو له أيضا ولصاحبها أن يأخذه منه وكذلك الحكم في صوفها قال رحمه الله (ثم تصدق) اى تصدق باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف لان الواجب عليه حفظها وأداؤها الى أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وذلك بالتسليم اليه عند القدرة وبالتصدق عنه عند عدمها اذ يصال بدلها وهو الثواب كايصال عينها وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه اشترى جارية فذهب البائع فلم يقدر عليه فتصدق عنه بثمنها قال رحمه الله (فان جاء ربها نفذه أو ضمن الملتقط) يعني اذا جاء صاحب اللقطة بعدما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي حيث تتوقف الاجازة فيه على قيام المحل لان الملك فيه لا يثبت الا بعد الاجازة فلا يتصور الا في القائم ولهذا يشترط فيه قيام المتعاقدين والمالك أيضا عند الاجازة وان شاء ضمن الملتقط لانه تصرف في ماله بغير اذنه وهو موجب للضمان واذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه التصدق بها وانما أباح له ذلك فصار كتناول مال الغير حال المخمصة ولا فرق في ذلك بين أن يتصدق بأمر القاضي أو بغير أمره في الصحيح لان أمره لا يكون أعلى من فعله والقاضي لو تصدق بها كان له أن يضمنه فكذا له أن

(قوله من غير فصل بين القليل والكثير) ثم تقدير مدة التعريف بالحول لانها مدة تعينت للصدقة فتكون مقدرة بالحول اه ولوالجي (قوله فالقول قول صاحبها) أي مع اليمين أنه لم يقل هي لمن أخذها لانه منكر اباحة التملك اه ولوالجي (قوله لكنه) أي الشئ اليسير كالنواة (يبقى على ملك مالكه) فاذا وجده مالكه في يده له أن يأخذه لانه عين ملكه اذ بالقائه يبيح الانتفاع للواجد ولم يكن تمليكا منه اذ التمليك في المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول (٣٠٤) بالاباحة وذكر شيخ الاسلام ولو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها بعد الجمع لانه يصير ملكا للآخذ بالجمع وكذا الجواب في التقاطه السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيرة وفي المحيط لو وجد النواة والقشور في مواضع متفرقة يجوز الانتفاع بها أما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها بل سقطت منه اه كاكي (قوله وان سلخ شاة ميتة فهو له) أي ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعدما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل بالالقاء والصوف مال متقوم بلا اتصال شئ فله أن يأخذه مجانا أما الجلد صار متقوما بالدباغ فاذا أخذه يعطيه ما زاد الدباغ فيه اه كاكي (قوله والملك يثبت للفقير) أي لانه تصدق باذن الشرع فيملكه الفقير بنفس الاخذ لان الفقير يأخذ الصدقة من الله تعالى لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال الصدقة تقع الحديث فلا تتوقف على قيام المحل حتى لو هلكت اللقطة في يد الفقير تجوز الاجازة فان قيل لو ثبت الملك بالاخذ ينبغي أن لا يأخذ المالك اذا كان قائما في يد الفقير قلنا ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع وكالمرتد لو عاد من دار الحرب بعد القسمة بين ورثته اه كاكي وكتب ما نصه أي قبل الاجازة اه هداية (قوله وهو موجب للضمان) أي فان ضمنه يكون الثواب له لانه ملكه من وقت التصدق اه كاكي (قوله ولا فرق في ذلك بين أن يتصدق بأمر القاضي أو بغير أمره في الصحيح) وقال القاضي أبو جعفر اذا تصدق الملتقط باذن القاضي فليس للمالك تضمين الملتقط ومشى عليه صاحب جامع الفتاوى اه

(قوله لانما أخذ ماله لنفسه بغير اذنه) أى فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب اه اتقانى (قوله ولا الملتقط يرجع على الفقير) فأما الملتقط فلانه ملكه بالضمان وظهر انه تصدق على ملك نفسه وأما الفقير فلانه فى القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره اه كاكى (قوله ابلا مؤبلة) قال الجوهرى اذا كانت الابل للقنية فهى ابل مؤبلة اه (قوله وهذه البينة الخ) جواب سؤال مقدر بأن يقال كيف شرط فى الاصل إقامة البينة ولا تقوم البينة الا على مدعى عليه منكر ولم يوجد ذلك فقال فى جوابه وليست تقام البينة لاجل القضاء حتى يشترط المدعى عليه بل أقيمت لكشف الحال يعنى أقيمت حتى ينكشف حال البهيمة

يضمن من أمره القاضى وله أن يضمن الفقير لانه أخذ ماله لنفسه بغير اذنه ولا يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان ولا الملتقط يرجع على الفقير لما عرف فى موضعه هذا اذا هلكت العين فى يد الفقير وان كانت قائمة أخذها صاحبها ان لم يمض الصدقة لانه وجد عين ماله قال رحمه الله (وصح التقاط البهيمة) أى يجوز التقاطها وقال الشافعى رحمه الله الترك أفضل فى غير الشام لما روينا ولنا أنها يخاف عليها أن تصل اليها يد خائنة فكان فى أخذها صيانتها فكان أفضل أو واجبا على نحو ما بينا فى غيرها ولان اطلاق النصوص فى هذا الباب يتناولها وما رواه كان فى ديارهم اذ كان لا يخاف عليها من شئ ونحن نقول فى مثله بتركها وهذا الان فى بعض البلاد الدواب يسيبها أهلها فى البرارى حتى يحتاجوا اليها فيمسكونها وقت حاجتهم ولا فائدة فى التقاطها فى مثل هذه الحالة والذى يدل على ذلك ما رواه مالك فى الموطأ عن ابن شهاب قال كانت ضوال الابل فى زمان عمر رضى الله عنه ابلا مؤبلة تتناتج لا يمسكها أحد حتى اذا كان عثمان أمر بعرفتها ثم تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها قال رحمه الله (وهو متبرع فى الانفاق على اللقيط واللقطة) لانه لا ولاية له فى الايجاب على ذمتهما فصار كما اذا قضى دين غيره بغير اذن المدين قال رحمه الله (وبأذن القاضى يكون دينا) أى لو أنفق باذن القاضى يكون دينا على صاحبها لان للقاضى ولاية فى مال الغائب نظرا له اذ هو نصب ناظرا فصار أمره كأمر المالك ولا يأمره بالانفاق حتى يقيم البينة أنها لقطة عنده فى الصحيح لانه يحتمل أن تكون غصبا فى يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهو لا يجب عليه فى المغصوب وهذه البينة ليست للقضاء وانما هى لينكشف الحال فيقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن اقامة البينة يأمره بالانفاق عليها مقيدا بان يقول بين جماعة من الثقات ان هذا ادعى أن هذه لقطة ولا أدرى أهو صادق أو كاذب وطلب أن آمره بالانفاق عليها فاشهدوا انى أمرته بالانفاق عليها ان كان الامر كما يقول وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينبغى للحاكم أن يحلفه ونظيره ما لو باع عبدا فغاب المشترى ولم يجده وطلب من الحاكم أن يباع ويوفى دينه من ثمنه لا يجيبه حتى يقيم البينة فان عجز أجابه على نحو ما ذكرنا فى اللقطة وقوله وبأذن القاضى يكون دينا يشير الى أن النفقة تصير دينا بمجرد اذنه وليس كذلك فى الاصح لان مطلقه قد يكون للترغيب والمشورة أو للالزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من أن يشترط ويجعله دينا عليه كما ذكرنا فى اللقيط وانما يأمره بالانفاق عليها يومين أو ثلاثة بقدر ما يقع عنده أنه لو كان المالك حاضرا لظهر قال رحمه الله (ولو كان لها نفع آجرها وأنفق عليها من أجرتها) لان القاضى نصب ناظرا وأمكنه ابقاء العين من غير أن يلزم صاحبها الدين فتعين طريقا قال رحمه الله (والا باعها) أى ان لم يكن لها نفع وأنفق عليها بقدر ما يرى من المدة ولم يظهر لها مالك باعها لانه لو أنفق عليها فى هذه الحالة تستغرق النفقة قيمتها وليس من النظر أن تبقى العين ويوجب عليها أضعاف قيمتها فتعين الحفظ بالبيع ثم الثمن يقوم مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به وفى كونه أمانة فى يده وفى البدائع أن القاضى لا يبيعها حتى يقيم البينة على نحو ما ذكرنا فى الانفاق والآبق فى هذا كاللقطة الا أنه لا يؤجر لانه يخاف

اه اتقانى (قوله وليس كذلك فى الاصح) قال الاتقانى فاذا لم يشترط ففيه روايتان فى رواية لا يرجع وفى رواية يرجع كذا ذكره الولوالجى فى فتاواه وذكر أيضا فيها واذا باع اللقطة بأمر القاضى لم يكن لصاحبها اذا حضر الا الثمن لان الملتقط انما باعها بأمر القاضى لان بيعه بأمر القاضى كبيع القاضى ولو باع القاضى جاز البيع ولم يكن لصاحبها الا الثمن فكذا هذا وان باعها بغير أمر القاضى لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك لانه باعه بغير اذن من له ولاية الاذن فبعد ذلك ان كانت اللقطة قائمة فى يد المشترى فهو بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء أبطل البيع وان كانت اللقطة هالكة فى يد المشترى فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة وان شاء ضمن المشترى فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملك اللقطة من حين قبضها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة

اه (قوله فى المتن ولو كان لها نفع آجرها) أى اذا كانت البهيمة مما تصلح للاجارة كالفرس والبعير اه اتقانى (قوله فى المتن والا باعها) أى اذا لم تكن البهيمة صالحة للاجارة كالشاة اه اتقانى قال الاتقانى واذا رفع أمر اللقطة الى القاضى نظر فيها ان كان شيأ يمكن اجارته كالدابة آجرها وأنفق عليها من اجارتها ابقاء لها على ملك مالكها صورة ومعنى بابقاء العين والمالية وان لم يمكن اجارته كالشاة مثلا يبيع ويحفظ الثمن ابقاء على مالكها معنى بالمالية حيث لم يمكن ابقاء الصورة لانه يخاف عليها أن تستأصل النفقة القيمة ومع ذلك لو رأى الانفاق أصلح أذن فى الانفاق وجعل النفقة دينا على المالك لان القاضى ناظر فى أمور المسلمين فكل ما رآه أحفظ وأصلح كان له ذلك اه

أن يأبق قال رحمه الله (ومنعهامن ربهاحتى يأخذ النفقة) أي اذا جاء صاحبها وطلبها منعه اياها حتى يوفي النفقة التي أنفق عليها لان هذا دين وجب بسبب هذا المال لاحيائه فكان له تعلق بهذا المال وأشبه جعل الآبق ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين في يد الملتقط قبل حبسها لانه لا تعلق له به حقيقة وانما يأخذ صفة الرهن عند الحبس كالوكيل بالشراء اذا نقد من مال نفسه له أن يرجع به على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل وبعده يسقط به لانه صار في معنى الرهن عند اختياره الحبس فيهلك بما حبسه فيه فكذا هذا ولو أن القاضي باعها بعدما أنفق عليها الملتقط قدر ما يراه القاضي من المدة أعطاه القاضي من ثمنها لانه مال مالكها والنفقة دين على مالكها فلرب الدين اذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه فالقاضي أولى قال رحمه الله (ولا يدفعها الى مدعيها بلا بينة) أي لا يدفع اللقطة الى من ادعى أنها له من غير اقامة البينة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي ولان اليد حق مقصود حتى وجب على الغاصب الضمان بازالته فلا يزال الا ببينة ولا يستحق الا بها كالملك ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر قال رحمه الله (فان بين علامتها حل له الدفع بلا جبر) أي اذا بين المدعي علامتها حل للملتقط الدفع اليه من غير أن يجبر عليه في القضاء والعلامة مثل أن يسمي عدد الدراهم ووزنها ووكاءها ووعاءها وقال مالك والشافعي يجبر على دفعها لما روينا من حديث أبي بن كعب وقد رواه مسلم قال عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها اياه والا فهي لك وهذا أمر وهو للوجوب ولان الظاهر أنه كان في يده لانه قل من يعرف ما ليس في يده فيرد اليه ولا منازع له في الملك فيكون له ولان صاحب اليد ينازعه في اليد دون الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولنا انه مدع وعلى المدعي البينة لما روينا ولان اليد مقصود فلا يستحق الا بحجة على ما مر ذكرنا والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لان الانسان قد يقف على مال غيره وقد يخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الاخبار لان الامر قد يراد به الاباحة وبه نقول وان دفعها اليه بذكر العلامة ثم جاء آخر وأقام بينة انها له فان كانت قائمة أخذها منه وان كانت هالكة يضمن أيهما شاء لتعديهما بالدفع والاخذ ويرجع الملتقط على الآخذ ان ضمن ولا يرجع الآخذ على أحد وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا عند الدفع نظرا له لاحتمال أن يجيء غيره ويقيم البينة انها له فيضمنه ولا يعلم الرجوع على من أخذها لخفائه فيستوثق بالكفيل بخلاف الكفيل لوارث غائب أو غريم غائب عند أبي حنيفة والفرق له أن الملتقط يأخذ كفيلا لنفسه وهنالك لاجنبي لا يعرفه ولان الحق قد ظهر للحاضرين في الارث فلا يجوز تأخير القسمة بين الورثة أو الغرماء الى زمان التكفيل فيكون القاضي ظالما وهنا لم يتعين صاحب الحق باعطاء العلامة ولهذا لا يجبر على الدفع اليه ولا يضره التأخير لعدم الطلب على ما قررناه وان صدقه الملتقط قيل لا يجبر على الدفع كالمودع اذا صدق الوكيل بقبض الوديعة بخلاف ما اذا صدق المديون الوكيل بقبض الدين حيث يجبر لانه اقرار على نفسه بوجوب دفع ماله اليه فقد يجبر لانا ظاهره ولم يتعين له مالك غيره بخلاف الوديعة لان المودع متعين فلا يبطل حقه في العين بشهادة بما وان دفعها اليه بتصديقه ثم أقام آخر بينة انها له فان كانت قائمة أخذها منه لان اقرار الملتقط لا يكون حجة عليه وان كانت هالكة فان كان دفع اليه بغير قضاء فله أن يضمن أيهما شاء لما ذكرنا فان ضمن القابض فلا يرجع به على أحد لانه عامل لنفسه وان ضمن الملتقط فله ان يرجع به على القابض لان الملتقط ملكها بالضمان

(قوله ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين) قال في الهداية ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن اه (قوله ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر) أي باعتبار ازالة اليد اه كاكي (قوله اذا أعطى المدعي علامتها) أي ولم يصدقه (٣٠٦) الملتقط اه (قوله وقال مالك والشافعي يجبر) هكذا وقع في نسخ أصحابنا ولكن القائل بوجوب الدفع بالعلامة مالك وأحمد وداود وابن المنذر فان في كتب الشافعي قوله كقولنا اه كاكي (قوله فأعطها اياه) ووجه الاستدلال به أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالدفع بالعلامة بدون اقامة البينة اه اتقاني (قوله وما رواه محمول على الجواز توفيقا الخ) قال الاتقاني وانما قلنا بحل الدفع دون الجبر عليه توفيقا بين الحديثين حديث الخصم والحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر اه (قوله وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا) قال الكمال رحمه الله ثم اذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف وهذا بلا خلاف اه قال الاتقاني عند قوله وهذا بلا خلاف وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والاصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه ونفي الخلاف هنا مع اثباته في فصل القضاء بالمواريث كلام متناقض من صاحب الهداية اه (قوله بخلاف الكفيل لوارث الخ) صورته ميراث قسم بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل فيتبين عند أبي حنيفة وعندهما يؤخذ اه (قوله وان صدقه) قال الكمال هذا اذا دفعه بمجرد العلامة فان صدقه مع العلامة ولا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو أقام بينة وقيل لا يجبر اه (قوله وان ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض) قال الاتقاني وان ضمن الملتقط في رواية لا يرجع على القابض وفي رواية يرجع وهو الصحيح اه يتبع [illegible] ولو التقط العبد [illegible] أيضا اذن مولاه يجوز

فيتبين أن القابض تعدى على ملكه ولا يمنع اقراره بانها ملك الاول من الرجوع عليه لانه كان لاعتماده على العلامة فاذا قضى عليه بالبينة صار مكذبا شرعا فيرجع كالمشترى اذا أقر بملك البائع ثم استحق المبيع يرجع على البائع بالثمن لما ذكرنا بخلاف ما اذا صدق المودع الوكيل بقبض الوديعة فدفعها اليه فانكر ربها الوكالة حيث يضمن ولا يرجع بها على القابض لان الوكيل عامل للموكل وفى زعم المقر أن الموكل ظالم له فى تضمينه اياه بعد ما قبض وكيله منه والمظلوم ليس له أن يظلم غيره وهنا القابض عامل لنفسه وانه ضامن اذا ثبت أنه لغيره فافترقا وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا لما ذكرنا وذكر فى شرح المختار ان الملتقط اذا دفع اليه بتصديقه ليس له أن يرجع على القابض فعلى هذا لا فرق بينهما ولا يأخذ منه كفيلا وان كان دفعها اليه بقضاء ضمن القابض لما ذكرنا ولا يضمن الملتقط لانه مقهور وان أقام الحاضر بينة انها له فقضى بالدفع اليه ثم حضر آخر وأقام بينة انها له لم يضمن لما ذكرنا وذكر فى النهاية فى التكفيل فى هذه الصورة روايتين والصحيح انه لا يكفل وعزاه الى قاضيخان قال رحمه الله (و ينتفع بها لو فقيرا والا تصدق على أجنبى وصح على أبويه وزوجته وولده لو فقراء) يعنى يجوز للملتقط أن ينتفع باللقطة اذا كان فقيرا وان لم يكن فقيرا لم يجز و يتصدق بها على الفقير أجنبيا كان أو قريبا له أو زوجة له لانه مال الغير فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه لاطلاق النصوص كقوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم الآية وقوله ولا تعتدوا وأمثال ذلك الا أنه أبيح الانتفاع به للفقير بطريق التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام فليتصدق به أو للاجماع فبقى غيره محرم التناول على الاصل فاذا كان المبيح هو الفقر فلا يختلف بين أن يكون الفقير الواجد لها أو غيره من أقاربه أو الاجانب لحصول المقصود بالكل وهو التصدق على محتاج وأباح الشافعى للواجد وان كان غنيا لما روينا من حديث أبى بن كعب ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه والحجة عليه ما بينا وليس له حجة فى حديث أبى لانه حكاية حال فيجوز أنه صلى الله عليه وسلم عرف فقره إما لديون عليه أو لقلة ماله أو يكون اذنا منه عليه الصلاة والسلام بالانتفاع به وذلك جائز عندنا من الامام على سبيل القرض ويحتمل أنه عليه الصلاة والسلام عرف انه كان مال كافر حربى بل هو الظاهر لان دار الاسلام لم تكن بها سعة يومئذ ولو كان لمسلم لما خفى عليهم والغنى محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها ومنع الشافعى من الانتفاع بلقطة الحرم لاحد بل يعرفها أبدا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل لقطتها الا لمعرف ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة فى بلد مكة ولنا ما روينا من النصوص من غير فصل ولان فى الانتفاع بها نظرا له من حيث انها تكون مضمونة على من انتفع بها وعلى من دفعها اليه فيكون فيه ابقاؤها له على تقدير مجيئه والا فيحصل له ثواب الصدقة ولا حجة له فيما روى لانه لبيان انه لا يسقط التعريف فيها باعتبار انها للغرباء ظاهرا أو وهم فنقول ان مالكها قد ذهب فيأخذها من غير تعريف والله أعلم

﴿كتاب الآبق﴾

وهو العبد المتمرد على مولاه قال رحمه الله (أخذه أحب ان قوى عليه) أى ان قدر عليه لان فيه

عندنا ومالك وأحمد والشافعى فى قول فاذا أتواه طولب ربه بقضاء الدين أو البيع فيه سواء أتواه قبل التعريف أو بعده وبه قال أحمد والشافعى فى وجه لانه لا ضمان جناية فيتعلق برقبته ويظهر فى حق المولى وعند مالك ان أتلفه قبل التعريف يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وان أتلفه بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق لان الشرع اذن له فى الانتفاع فكان ضمانا يخصه فلا يظهر فى حق المولى اه كاكى (قوله وفى زعم المقر) أى وهو المودع اه (قوله وذكر فى النهاية فى التكفيل فى هذه الصورة روايتين) أى عند أبى حنيفة اه كاكى وكتب ما نصه أى وهى ما لو دفعها بالبينة اه (قوله يجوز للملتقط أن ينتفع باللقطة اذا كان فقيرا) أى لان حاجته مقدمة على حاجة غيره فيما فى يده ألا ترى أن واجد الركاز يتمكن من وضع الخمس فى نفسه اذا كان فقيرا اه ولوالجى (قوله لما روينا من حديث أبى بن كعب) أى وكان من المياسير اه هدايه قوله وكان من المياسير أى حيث قال اخلطها بمالك اه كى

﴿كتاب الآبق﴾

وهذه الكتب أعنى اللقيط واللقطة والآبق والمفقود لتناسبها لما فيها من معنى التوى والتلف توالى بعضها فوق بعض قال فى المبسوط الاباق تمرد فى الانطلاق وهو من سوء الاخلاق ورداءة الاعراق يظهر العبد من نفسه فرارا لتصير ماليته دمارا فرده الى مولاه احسان وهل جزاء الاحسان الا الاحسان والآبق هو الذى هرب من مالكه قصدا والضال هو الذى ضل عن الطريق أى منزله قاله الاتقانى وقال الكمال كل من الآبق واللقطة واللقيط تحقق فيه عرضة الزوال والتلف إن التعرض له بفعل فاعل مختار فى الاباق وكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفى اللقطة الترجمة بالباب لا الكتاب والاباق فى اللغة الهرب أبق يأبق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه اه (قوله فى المتن أخذه أحب إن قوى عليه) أى قوى على حفظه حتى يصل الى مولا

احياء ماليته وللمال حرمة كالنفس وفيه اعانة مولاه فكان أفضل ثم له الخيار ان شاء حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء دفعه الى الامام فاذا دفعه اليه لا يقبله منه الا باقامة البينة على نحو ما ذكرنا فى اللقطة ثم يحبسه الامام تعزيرا له ولانه لا يؤمن من الاباق ثانيا ولهذا لا يؤجر وان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعلها دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضى وحفظ ثمنه واختلفوا فى الضال فقيل أخذه أفضل احياء له وقيل تركه أفضل لانه لا ينقل مكانه فيلقاه مولاه واذا رفع الى الامام لا يحبسه لانه لا يستحق التعزير ولا يأبق وان كان له منفعة آجره وأنفق عليه من أجرته قال رحمه الله (ومن رده من مدة سفر وهو مسيرة ثلاثة ايام فله أربعون درهما) وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعى لانه متبرع بمنافعه فأشبه رد العبد الضال واللقطة ولان رده نهى عن المنكر وهو فرض فلا يستحق الاجر باقامته ولنا ماروى عن عمرو بن دينار أنه قال لم نزل نسمع أنه عليه الصلاة والسلام قال جعل الآبق أربعون درهما والصحابة رضى الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل وان اختلفوا فى مقداره فانه روى عن ابن مسعود أنه أوجب أربعين درهما وأوجب عمر دينارا أو اثنى عشر درهما وأوجب على رضى الله عنه دينارا أو عشرة دراهم وعن عمار بن ياسر أنه قال ان رده فى المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر استحق أربعين درهما فيحمل الكل على السماع لان الرأى لا مدخل له فى التقدير ثم يحمل قول من قال أربعين على مسيرة السفر وما دونه على ما دونها توفيقا وتلفيقا ولان ايجابه حامل له على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس وايجاب المقدر بالسمع ولا سمع فى الضال واللقطة فيبقى على الاصل اذ الالحاق ممتنع لعدم المساواة لان الحاجة الى صيانة الضال دون الحاجة الى صيانة الآبق لان الآبق يختفى والضال يبرز فيظهر وقوله نهى عن المنكر قلنا هذا تعليل بمقابلة المنقول فلا يصح قال رحمه الله (ولو قيمته أقل منه) يعنى له أربعون درهما وان كانت قيمته أقل من أربعين وهذا عند أبى يوسف وقال محمد له قيمته الا درهما لان وجوبه ثبت احياء لحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر فى ايجاب أكثر من قيمته ولابى يوسف أن تقديره ثبت شرعا بلا تعرض لقيمته فيمنع النقصان كما يمنع الزيادة ألا ترى ان الصلح بأكثر منه لا يجوز بخلاف الصلح على الاقل لانه حط البعض وهو لو حط الكل كان جائزا فكذا البعض وهذا هو المشهور وروى عن كل واحد منهما مثل قول صاحبه وعن أبى يوسف أنه ينتقص منه قدر ما تقطع به اليد قال رحمه الله (وان رده لاقل منها فبحسابه) أى لاقل من مسيرة السفر يجب بحسابه لان العوض يوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر فى الاصل أنه يرضخ له اذا وجده فى المصر أو خارج المصر وعن أبى حنيفة انه لا شئ له فى المصر ثم ان اتفقا على الرضخ فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدر وان رده من أكثر من مسيرة السفر لا يزاد على أربعين درهما لانه يتعلق بمدة السفر فلا يزاد بزيادتها كسائر الاحكام المتعلقة بها وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه فلا يأخذ من أوفى حتى يوفى كله كالمبيع

المحبوس

بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم فى هذا خلاف ويمكن أن يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه أو لا فلا اه كمال (قوله باعه القاضى وحفظ ثمنه) أى حتى يجئ طالبه ويقيم البينة بان العبد عنده فيدفع الثمن ولا ينقض بيع الامام اه اتقانى (قوله واختلفوا فى الضال الخ) قال الكمال واختلفوا فى أخذ الضال قيل أخذه أفضل لما فيه من احياء النفس والتعاون على البر وقيل يتركه لانه لا يبرح مكانه منتظر المولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظاره فى مكان غير متزحزح عنه غير واقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك أن محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما اذا علمه فلا ينبغى أن يختلف فى أفضلية أخذه ورده اه كمال رحمه الله (قوله وهو مسيرة ثلاثة أيام) أى فصاعدا اه هداية (قوله لانه متبرع بمنافعه) أى فاذا تبرع عليه بعين من أعيان ماله لا يرجع عليه فكذا اذا تبرع بمنافعه اه اتقانى (قوله فأشبه رد العبد الضال واللقطة) أى بانه لا يستحق فى ردهما شيأ بالاتفاق (قوله جعل) الجعل ما يجعل للعامل على عمله اه اتقانى (قوله وقال محمد له قيمته الا درهما) أى وهو قول أبى يوسف الاول وقال أبو يوسف بعد ذلك له الجعل ثانيا وكذلك ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه وشمس الائمة البيهقى فى الشامل وكذلك فى عامة نسخ الفقه أيضا ولم يذكروا قول أبى حنيفة وذكر فى شرح الطحاوى قوله مع محمد فقال ولو كان العبد يساوى أربعين درهما أو دونها فانه ينتقص من قيمته درهم واحد عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال يجب الجعل أربعون درهما وان كانت قيمته درهما واحدا وكذا ذكر الطحاوى فى مختصره أيضا اه اتقانى (قوله وذكر فى الاصل أنه يرضخ له) يقال رضخ فلان لفلان من ماله اذا أعطاه قليلا من كثير اه اتقانى (قوله وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه) أى فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلو أن رجلا قال لآخر ان عبدى قد أبق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده ليس له شئ لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيأ اه اتقانى (قوله حتى يوفى كله) أى كل الجعل اه

المحبوس بالثمن وان رد عبدين أو أكثر يجب لكل واحد منهم أربعون درهما ولو رد جارية معها ولد صغير يكون تبعا للامه فلا يزاد على الجعل شئ وان كان مراهقا يجب ثمانون درهما قال رحمه الله (وأم الولد والمدبر كالقن) لانهما عملوكان للمولى ويستكسبهما كالقن فحصل به احياء المالية من هذا الوجه بخلاف المكاتب لانه أحق بمكاسبه فلا يوجد فيه احياء مال المولى هذا اذا ردهما فى حياة المولى وان ردهما بعد موته فلا جعل له لان أم الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل فى الحر وكذا المدبر ان خرج من الثلث لما ذكرنا وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر عليه دين اذ العتق لا يتجزأ عندهما وعنده مكاتب ولا جعل فى المكاتب وان رد القن بعد موت مولاه يستحق الجعل ان كان الراد أجنبيا وان كان وارثا ينظر فان كان أخذه بعد موت المولى لا يستحق شيأ لان العمل يقع فى محل مشترك بينه وبين غيره من الورثة وفيه لا يستحق الاجر على ما عرف فى موضعه وان أخذه فى حياته ثم مات يستحق الجعل فى حصة غيره عندهما خلافا لابى يوسف هو يقول ان وجوب الجعل يضاف الى التسليم لا الى الاخذ ولهذا لو هلك قبل التسليم يسقط ووقت التسليم هو مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملا لنفسه فلا يستحق الجعل ولهما أن الوجوب مضاف الى العمل لان الاجرة تستحق بالعمل وأثر التسليم فى المبادلة فى تأكيد البدل لا فى ايجابه الا أن سبب التأكيد اذا فات يسقط البدل بعد الوجوب لان الوجوب كان متعلقا به وهنا التسليم فات فى حصته اذ لا يكون مسلما ومتسلما ولم يفت فى حصة غيره فيتأكد عليهم حصتهم كالوخاط أو صبغ ثوبا بالمورثه ثم مات قبل التسليم لا يسقط الاجر فى حصته بخلاف ما لو أخذه والمولى ميت لان العمل وقع فى محل مشترك فلا يستحق الاجر على ما بينا ولو رد عبدأبيه أو أخيه أو سائر أقاربه لا يجب عليه الجعل اذا كان فى عيال المولى لجريان العادة بالرد تبرعا ولو لم يكن فى عياله وجب الجعل له الا الابن اذا رد عبدأبيه أو أحد الزوجين رد عبد الآخر فانهما لا يجب لهما الجعل مطلقا لان رد الآبق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الاب مستحقة على الابن فلا تقابل بأجر وكذا خدمة أحد الزوجين الآخر وكذا الوصى اذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان اذا رد آبقا قال رحمه الله (وان أبق من الراد لا يضمن) لانه أمانة فى يده اذا أشهد وقت الاخذ على ما بينا فى اللقطة ولا جعل له لانه لم يرده على مولاه ولو أخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لانه هو الذى رده على المولى ولو جاء به الى المولى فأعتقه المولى قبل التسليم اليه استحق الجعل لان الاعتاق منه قبض معنى ولهذا لو أعتق المشترى المبيع قبل القبض وجب عليه تسليم الثمن لانه قبض له ولو دبره والمسئلة بحالها فلا جعل له حتى يقبضه لان التدبير ليس بقبض ولو باعه من الراد استحق الجعل لسلامة البدل له بخلاف ما اذا وهبه له قبل التسليم وان هلك فى يده فلا ضمان عليه لما ذكرنا ولا جعل له لانه بمنزلة المبيع فى يد البائع حتى كان له حبسه بالجعل كما يحبس البائع بالثمن المبيع ثم اذا هلك المبيع قبل القبض لا يستحق الثمن فكذا هذا اذا صدقه المولى فى الاباق وان كذبه فالقول قول المولى لان السبب الموجب للضمان من الآخذ قد ظهر فلا تسمع دعواه ما يبرئه عنه الا اذا أقام البينة على اقرار المولى بانه أبق قال رحمه الله (ويشهد أنه أخذه ليرده) لان الاشهاد يدل على انه أخذه ليرده على مولاه وتركه يدل على انه أخذه لنفسه فلا بد له من الاشهاد حتى لو ترك الاشهاد يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده وهذا عندهما وعند أبى يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط على ما بينا فى اللقطة وأجمعوا على انه لا يستحق الجعل الا اذا أخذه ليرده حتى لو أقر أنه أخذه لنفسه أو اشتراه أو اتهبه لنفسه ثم رده على المولى لا يستحق الجعل قال رحمه الله (وجعل الرهن على المرتهن) لانه أحيا دينه بالرد لرجوعه به بعد سقوطه فحصل سلامة ماليته له ولولا ذلك لهلك دينه والرد فى حياة

(قوله يجب لكل واحد منهم أربعون درهما) أى وان كان الراد اثنين والآبق واحدا فلهما جعل واحد بينهما نصفان اه اق (قوله لا يسقط الاجر فى حصته) الظاهر بدل قوله فى حصته فى حصتهم فتأمل (قوله الا الابن اذا رد عبدأبيه أو أحد الزوجين) قال فى شرح الطحاوى ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فانه ينظر ان وجد الرجل عبدأبيه فلا جعل له سواء كان فى عياله أو لم يكن وكذلك المرأة والزوج وان وجد الاب عبد ابنه ان لم يكن فى عياله فله الجعل وان كان فى عياله فلا جعل له وكذلك الاخ وسائر ذوى الارحام اذا وجد عبدأخيه ان كان فى عياله فلا جعل له وان لم يكن فى عياله فله الجعل الى هنا لفظه وجملته ما ذكر شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه وهو ما اذا رد الآبق واحد من أقرباء المولى ان لم يكن الراد ولدا فانه ينظر ان لم يكن فى عياله فانه يستحق الجعل قياسا واستحسانا لان الراد بائع من وجه وأجير من وجه وأى ذلك اعتبرنا وجب الجعل لانه لو باع شيأ من قريبه استحق الثمن ولو عمل له باجارة استحق الاجر وان كان فى عياله وجب الجعل قياسا لهذا المعنى وفى الاستحسان لا يجب لان الرد حصل على سبيل التبرع عرفا وعادة فان العرف فيما بين الناس ان من أبق عبده انما يطلبه من كان فى عياله ويرده متبرعا فلو ثبت التبرع نصا لا يجب الجعل فكذا اذا ثبت عرفا لان الثابت عرفا كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكن فى عياله لان التبرع لم يوجد لا نصا ولا عرفا اه اتقانى (قوله لانه أحيا دينه بالرد لرجوعه به) أى لرجوع الدين بالرد بعد ما سقط ولولا الرد لاستمر ذهابه اه من خط الشارح

الراهن وبعده سواء لما ذكرنا من المعنى وهو لا يختلف فيهما هذا اذا كان كله مضمونا بأن كانت قيمته مثل الدين أو أقل فان كان بعضه أمانة بأن كانت قيمته أكثر من الدين جعل حصة المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان حق المرتهن في المضمون فصار كثمن الادوية والفداء من الجناية وان كان مديونا فالجعل على المولى ان اختار قضاء ما عليه من الديون وان أبى بيع العبد وأخذ الراد جعله من ثمنه وما بقى يعطى لاصحاب الديون لانه مؤنة الملك فيجب على من يستقر له الملك وان كان جانيا فان اختار المولى الفداء فالجعل عليه لانه طهره عن الجناية باختياره فصار كأنه لم يجن وأحيا الراد ماليته بالرد اليه وان اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولى الجناية لانه بالرد أحيا حقه وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في الهبة بعد الرد لان الملك للموهوب له عند الرد فزواله بالرجوع بعد ذلك كزواله بغيره من الاسباب ولان زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو تركه التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب بالرد بخلاف العبد الجانى والمدين وجعل عبد الصبى فى مال الصبى لانه مؤنة ملكه ولو رده وصيه لا يستحق الجعل لان تدبيره واجب عليه فلا يستحق الاجر به وجعل العبد المغصوب على الغاصب لان ضمان جناية العبد على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لآخر على صاحب الخدمة فى الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة أو يباع العبد به لانه بمنزلة العبد المشترك قال رحمه الله (وأمر نفقته كاللقطة) لانه لقطة حقيقة فيكون حكمه كحكمه من أن الآخذ اذا أنفق عليه من غير اذن القاضى يكون متبرعا ولا بد من اشتراط الرجوع على المولى عند الاذن وفى حبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير أنه لا يؤجره وقد ذكرناه من قبل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب المفقود﴾

قال رحمه الله (هو غائب لم يدر موضعه) وذكر فى النهاية أنه فى اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشئ أى أضللته وفقدته أى طلبته وكل من المعنيين متحقق فى المفقود فقد ضل عن أهله وهم فى طلبه وفى اصطلاح الفقهاء غائب لم يدر موضعه وحياته وموته وأهله فى طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفى عليهم أثره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد وحكمه فى الشرع أنه حى فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت فى حق غيره حتى لا يرث من أحد مات من أقاربه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال ولا يعتبر الا فى ابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح للاستحقاق قال رحمه الله (فينصب القاضى من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه) لان القاضى نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه وقد عجز المفقود فصار كالصبى والمجنون وفى نصبه ما ذكرنا نظر له فيفعل وقوله من يأخذ حقه يعنى يقبض غلاته والديون التى أقر بها غرماؤه لانه من باب الحفظ ولا يخاصم فى دين لم يقر به الغريم ولا فى نصيب له فى عقار أو عرض فى يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغائب وانما الخلاف المعروف بين الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة أم لا فعند أبى حنيفة يملك وعندهما لا يملك لما عرف فى موضعه فاذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز لانه محل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغى أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضى محدودا فى القذف قلنا ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا رآها القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود فى القذف وهكذا ذكرناه وهو مشكل فان الاختلاف فى نفس القضاء والاختلاف فى سبب القضاء أبدا اذا كان لا اختلاف فى نفس القضاء ولا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم آخر بخلاف

ما

(قوله لانه بمنزلة العبد المشترك) أى المشترك بين أرباب الديون حيث يباع ويقدم الجعل ثم الباقى للوصى له بالعين اه اق

﴿كتاب المفقود﴾

قال فى النقاية هو غائب لم يدر أثره حى فى حق نفسه فلا تنكح عرسه ولا يقسم ماله ولا تنفسخ اجاريه اه

ما اذا كان الاختلاف فى واقعة فحكم الحاكم بأحد القولين حيث ينفذ حكمه فيه من غير تنفيذ أحد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم ثم الوكيل الذى نصبه القاضى يخاصم فى دين وجب بعقده بلا خلاف لانه أصل فيه فترجع حقوقه اليه ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله لانه تعذر حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد فى نفقة ولا فى غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا فى حفظ ماله فلا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة قال رحمه الله (وينفق منه على قريبه ولادا وزوجته) أى ينفق من ماله على فروعه وأصوله وهو المراد بقوله ولادا وعلى زوجته لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضى ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء ويكون القضاء اعانة لهم فلا يكون قضاء على الغائب بخلاف نفقة غيرهم كالاخوة والاعمام وغيرهم من ذى الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بقضاء القاضى لما أنه مختلف فيه فلو قضى لهم لكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز وقوله من ماله المراد به الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والقضاء على الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالنقود وهذا اذا كان فى يد القاضى وان كان وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمدين مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى وان كانا ظاهرين فلا حاجة الى اقرارهما وان كان أحدهما ظاهرا دون الآخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر فى الصحيح فان دفعا اليهم بغير أمر القاضى ضمن المودع ولا يسقط الدين لتعدى المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه أو نائبه بخلاف ما اذا دفع الى القاضى نفسه أو الى غيره بأمره لان القاضى له ولاية الدفع والاخذ فاذا كانا جاحدين أصلا أو كانا جاحدى السبب من النسب والزوجية لم ينتصب أحد من المستحقين خصما فيه لان ما يثبته للغائب وهو المال لم يتعين لحقه لجواز أن يكون له مال آخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه كالشفيع يدعى على رجل شراء المشفوع من المالك الغائب وكالعبد يدعى على رجل أنه اشتراه من مولاه الغائب وأعتقه فانه يقضى على الغائب فى مثله للضرورة قال رحمه الله (ولا يفرق بينه وبينها) أى لا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت لان عمر رضى الله عنه فعل ذلك فى الذى استهوته الجن ولانه فات حقها فيفرق بينهما بعد مضى مدة اعتبارا بالعنة والايلاء فأخذنا منهما المقدار الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين لان حقها فات وهو معذور فى العنة (١) لانه مباح كما فى العنة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقال على رضى الله عنه فيها هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه فكانا بيانا للبيان المذكور فى المرفوع ولان النكاح حقه وهو حى فى ابقاء حقه ولهذا لا يورث ماله للحال فكذا لا يفرق بينه وبينها وقد صح رجوع عمر الى قول على رضى الله عنهما فلا يلزم حجة والتفريق فى الايلاء لرفع الظلم ولا ظلم فى المفقود فلا يقاس عليه ولانه كان طلاقا معجلا فأجله الشارع فكان ايقاعا بخلاف الغيبة فلا تقاس عليه ولا على العنة لان الغربة يعقبها الرجوع والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة فانعدم شرط القياس وهو الاستواء قال رحمه الله (وحكم بموته بعد تسعين سنة)

(قوله وان كان أحدهما ظاهرا) أى الوديعة والدين أو النكاح والنسب اه هداية (قوله لم يتعين لحقه) أى وهو النفقة اه (قوله لان عمر فعل ذلك فى الذى استهوته الجن) أى بموته اه ذكر فى المبسوط عن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثنى حديثه قال أكلت خزيرا بالزاى والياء المثناة مرقة تطبخ بما يصفى من بلالة النخالة فى أهلى ثم خرجت فأخذنى نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم فى عتقى فاعتقونى ثم أتوا بى قريبا من المدينة فقالوا أتعرف النخيل قلت نعم فخلوا عنى فجئت فاذا عمر أبان امرأتى بعد أربع سنين فاعتدت وتزوجت فخيرنى عمر بين أن يردها على وبين المهر وأهل الحديث يروون أن عمر همّ بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن امرأته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكر له قصته وفى هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة أن الجن يتسلطون على بنى ادم وأهل الزيغ ينكرون ذلك على الاختلاف بينهم فمنهم من يقول المستنكر دخولهم فى الآدمى لان اجتماع روحين فى شخص واحد لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الآدمى من غير أن يدخلوا فيه ومنهم من قال الجن أجسام لطيفة فلا يتصوران يحملوا جسما كثيفا من موضع الى موضع ولكنا نأخذ بما ورد به الآثار قال عليه الصلاة والسلام ان الشيطان يجرى من ابن آدم مجرى الدم وقال عليه الصلاة والسلام انه يدخل فى رأس الانسان فيكون على قافية رأسه فنتبع الآثار ولا نشتغل بكيفية ذلك كذا فى الدراية وفى طلبة الطلبة وكان شمس الأئمة السرخسى يقول ان هذا المفقود كان اسمه خرافة وكان بعد رجوعه من الجن يحكى عنهم أشياء يتعجب منها ويتوقف فى صحتها فكانوا يقولون هذا حديث خرافة وصار هذا مثلا يضرب عند سماع ما لا تعرف صحته والخرافات كل ما لا صحة لها مأخوذة من هذا اه واستبعد هذا فى المغرب لان المفقود كان فى عهد عمر رضى الله عنه وخرافة كان فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم اه

---

(١) قوله وهو معذور الخ هكذا فى الاصول التى بيدنا وحرر اه مصححه

(قوله مثاله تركت امرأة زوجا الخ) هذا مثال لصورة انتقاص حصة الوارث الحاضر بالمفقود على تقدير حياته اه (قوله فتعطى على تقدير مماته الربع) أي لان المسألة حينئذ تكون عائلة للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث ثم بالعول صار الثلث بها ربعا وصار نصف كل من الزوج والاخت ربعا وثمنا كما ذكره والله أعلم (قوله وكذا للاخت) أي ربع وثمن اه (قوله ولو ترك رجل بنتين) هذا مثال

لان الغالب لا يعيش أكثر من ذلك وهو مروي عن أبي بكر الفضلي وعن أبي بكر محمد بن حامد وأبو يوسف قدره بمائة سنة وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بمائة وعشرين سنة وفي ظاهر الرواية أنه مقدر بموت الاقران في بلده لان الرجوع الى أمثاله فيما تقع الحاجة فيه الى معرفته طريق الشرع كقيم المتلفات ومهر مثل النساء فاذا لم يبق أحد من أقرانه دل ذلك على موته فحكم بموته لان بقاءه بعد أقرانه نادر ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب لا على النادر والمختار أنه يفوض الى رأي الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات لا سيما اذا دخل في مهلكة وما كان سبب اختلاف الناس في مدته الا اختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقديره قال رحمه الله (وتعتد امرأته وورث منه حينئذ لا قبله) أي حين حكم بموته لا قبل ذلك حتى لا يرثه الا ورثته الموجودون في ذلك الوقت لا من مات قبل ذلك الوقت من ورثته كأنه مات عيانا لان الحكمي معتبر بالحقيقي قال رحمه الله (ولا يرث من أحد مات) أي لا يرث المفقود من أحد مات من أقاربه حال فقده قبل الحكم بموته لان بقاءه الى ذلك الوقت حيا باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به مال الغير وانما يدفع به استحقاق ماله غيره فيكون كأنه حي في ماله ميت في حق مال غيره هذا اذا لم تعلم حياته الى أن يحكم بموته وان علم حياته في وقت من الاوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه كما في الحمل لاحتمال أن يكون حيا فيرث فان تبين حياته في وقت مات فيه قريبه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذي وقف من ماله وكذا لو أوصى له يوقف الموصى به الى أن يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به الى ورثة الموصي قال رحمه الله (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيأ وان انتقص حقه به) أي بالمفقود (يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل) لان حاله متردد فيعمل بالاحوط فالاحوط كالحمل ثم الاصل في تصحيح مسائل المفقود هو أن ينظر في المسألة فتصحح على تقدير حياته وعلى تقدير مماته ثم ينظر بين التصحيحين فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما في الآخر والا اضرب الجميع في الجميع ثم من كان يسقط من الورثة على تقدير حياته أو مماته فتسقطه ومن كان ينتقص في احدى الحالتين ولا يسقط يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي ومن لا يتغير نصيبه في الحالتين يعطى نصيبه كاملا مثاله تركت امرأة زوجا وأما وأختا لابوين وأخا كذلك مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير وفاته الربع والثمن وكذا للاخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقي من نصيبه ولو ترك رجل بنتين وأخا لاب وبنت ابن وابن ابن مفقودا فللبنتين الثلثان على كل حال ولبنت الابن التسع على تقدير حياته ولا شئ لها على تقدير مماته وللاخ الثلث على تقدير مماته ولا شئ له على تقدير حياته فيعطى البنتان الثلثين ولا يعطى الاخ ولا بنت الابن شيأ كما في الحمل على ما عرف في موضعه والله أعلم

﴿كتاب الشركة﴾

وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ومنه الشركة

لصورة مما يحجب فيه الوارث الحاضر بالمفقود على تقدير حياته اه والله أعلم

﴿كتاب الشركة﴾

هو باسكان الراء في المعروف أورد الشركة عقب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال أحدهما أمانة في يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي وهذه عامة فيهما وفي الآبق واللقطة واللقيط على اعتبار وجود مال مع اللقيط واعقاب المفقود عليهما وأولاه الاباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق وكأن بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لان المال على عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة يرجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما وما قيل انها اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط وأما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر بالتحريك اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال أي حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه أي تعلق به اشتراكهما أي خلطهما اه فتح (قوله بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر) ثم يطلق اسم الشركة على عقد الشركة وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سببه ثم ركن شركة الملك اجتماع النصيبين وحكمها أن يكون المال بينهما مشتركا وكل واحد في نصيب الآخر

كالاجنبي لا يجوز تصرفه بدون اذنه وركن شركة العقود الايجاب والقبول بان يقول أحدهما لصاحبه شاركتك في كذا وكذا فيقول الآخر قبلت وحكمها الشركة في الربح ثم شركة الاملاك على ضربين جبري واختياري فالاول في العين ان يتهاب رجلان والثاني في العين يشتريانها أو يوهب لهما أو يوصى لهما فقبلا اه اتقاني رحمه الله (قوله حبالة الصائد) حبالة الصائد بالكسر اه مصباح (قوله وكذا استيلاء الخ) مثل ما اذا استوليا على عين واحدة من أعيان مال أهل الحرب اه (قوله أو اتهابا) أي قبلا عينا وهبت لهما اه (قوله أو اختلاط مال بغير صنع) أي كما اذا شق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم اه (قوله لان خلط الشيء بما لا يتميز) أي مثل خلط الجنس

بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازا لكونه سببا له واعلم أن الشركة على ضربين شركة ملك وشركة عقد على ما نبين في أثناء البحث قال رحمه الله (شركة الملك أن يملك اثنان عينا إرثا أو شراء) وكذا استيلاء أو اتهابا أو وصية أو اختلاط مال بغير صنع أو بصنعهما بحيث لا يتميز أو يعسر كالجنس بالجنس أو المائع بالمائع أو خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان واقعا في زمنه عليه الصلاة والسلام كالشركة في المواريث والغنائم ونحوهما قال رحمه الله (وكل أجنبي في قسط صاحبه) أي كل واحد منهما أجنبي في نصيب صاحبه حتى لا يجوز له أن يتصرف فيه الا باذنه كالغيره من الاجانب وان باع نصيبه من شريكه جاز كيفما كان لولايته على ماله وكذا اذا باعه من غيره لما ذكرنا الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز أن يبيعه من أجنبي الا باذن شريكه لان خلط الشيء بما لا يتميز استهلاك وهو سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط لو كان على سبيل التعدي فاذا حصل من غير تعد فقد انعقد سبب الزوال من وجه فأورث شبهة زوال النصيب كل واحد منهما الى شريكه في حق البيع من الاجنبي ولا يجوز بيع نصيبه الا برضا شريكه وأما فيما عداه ملك كل واحد منهما قائم من وجه لانعدام سبب الزوال فيطلق له التصرف ولان ملك كل واحد في هذه الصورة على حياله لان كل حبة مشار اليها ليست بمشتركة وانما هي ملك أحدهما بعينه الا أنه لا يمكن التمييز بين ملكيهما فلا يقدر على تسليمه والعجز عن التسليم مانع من الجواز بخلاف غير هذه الصورة من أنواع الشركة لان ملك كل واحد منهما ثابت في كل جزء من أجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز قال رحمه الله (وشركة العقد أن يقول أحدهما شاركتك في كذا ويقبل الآخر) لانه عقد من العقود فلا بد من الاتيان بركنه وهو الايجاب والقبول بأن يقول شاركتك في بز أو نحوه أو في عموم التجارات وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة مما يقبل الوكالة ليقع ما يحصله كل واحد منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بطريق الاصالة ولشريكه بطريق الوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب والاحتشاش ونحو ذلك من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه فيكون ما يكسبه له خاصة دون صاحبه ثم شركة العقود على ثلاثة أوجه شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل قسم ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة أقسام وعقد الشركة جائز لانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون فأقرهم عليه وروى أن السائب قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني رواه أبو داود وغيره من الثقات وقال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى يقول أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما رواه أبو داود وروى البخاري وأحمد أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فأمرهما ان ما كان بنقد فأجيزوه وما كان بنسيئة فردوه فعلم بذلك أن شركة العقد مشروعة قال رحمه الله (وهي مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا)

بالجنس اه (قوله فقد انعقد سبب الزوال من وجه) أي لوجود الخلط غير موجود من وجه لانعدام صفة التعدي عن الخلط اه (قوله وشرطه) أي شرط شركة العقود اه اتقاني (قوله مما يقبل الوكالة) أي سواء كان عنانا أو مفاوضة اه اتقاني وكتب على قوله مما يقبل الوكالة ما نصه لان عقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة تحصيل الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز الا بولاية أو وكالة من طريق النطق أو الحكم ولم توجد الولاية والنطق له بالتوكيل فتعين الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركة وهو الربح اه اتقاني (قوله والاحتشاش ونحو ذلك) أي كالاصطياد اه (قوله في المتن وهي مفاوضة الخ) وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة وقال في المختلف

قال الشافعي لا أدري ما المفاوضة وجه القياس أن المفاوضة تضمنت شيئين وكل واحد منهما عند انفراده لا يجوز فبالطريق الاولى أن لا يجوز عند انضمامهما بيانه أنها تضمنت الوكالة والكفالة والوكالة بمجهول الجنس لا تجوز ألا ترى أنه لو قال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب لا تصح الوكالة والكفالة بمجهول لا تصح أيضا بخلاف الكفالة بمجهول لمعلوم فانها جائزة كقوله ما ذاب لك على فلان فعلي وهنا فيما نحن فيه الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فينبغي أن لا تجوز ولان المفاوضة شرطها المساواة عندكم واعتبارها لا يمكن لان أحدهما يكون له فضل على الآخر في متاع الاهل أو ثياب البدن ونحو ذلك فاذا لم يمكن اعتبارها لم يمكن تصحيح

المفاوضة ووجه الاستحسان ماروى أصحابنا فى عامة كتبهم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فاوضوا فانه أعظم للبركة وقال أبو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الكرخى وقد روى جواز شركة المفاوضة عن الشعبى وابن سيرين وغيرهما ولان المسلمين تعاملوا هذه الشركة من غير نكير فكان دليلا على جوازها ولانسلم أن اعتبار المساواة لايمكن لانا نشترط المساواة فى مال التجارة لاغير وهى ممكنة فيه اه اتقانى مع حذف (قوله قال الشاعر) هو الافوه الاودى قاله الاتقانى اه (قوله فى الشعر لايصلح الناس فوضى لاسراة لهم) أى لاتصلح أمور الناس حال كونهم متساوين لااشراف لهم يأمرونهم وينهونهم والسراة جمع سرى وبعد هذا البيت

اذا تولى سراة الناس أمرهم * نما على ذاك أمر القوم وازدادوا اه اتقانى (قوله فيما باشره أحدهما) أما لو كفل أحدهما عن أجنبى بمال هل يلزم الآخر فيه اختلاف يجىء اه دراية قوله يجىء أى عند أبى حنيفة يكره خلافا لهما (قوله واشترط التساوى فى المال الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى رحمه الله فى مختصره وشرط صحتها أن تكون فى جميع التجارات ولايختص أحدهما بتجارة دون شريكه وان يكون مايلزم أحدهما من حقوق مايتجران فيه لازما للآخر ومايجب لكل واحد منهما يجب للآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ويتساويان مع ذلك فى رؤس الاموال فى قدرها وقيمتها فان تفاوتا فى شئ من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عنانا ويتساويان أيضا فى الربح لايفضل أحدهما الآخر ولا يكون لاحدهما مال خاص فى يده أو مودع له مما بينت لك أن الشركة تجوز فيه من الدراهم والدنانير والفلوس أيضا فى قول أبى يوسف ومحمد فان كان فى يد أحدهما شئ من ذلك لنفسه مما لم يدخل فى الشركة فسدت المفاوضة وكذلك ان صار فى يده شئ من ذلك بعد المفاوضة فان المفاوضة تفسد وتصير شركة عنان الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله وقال فى الشامل فى قسم المبسوط دراهم أحدهما بيض ودراهم الآخر سود جازت المفاوضة الا أن يكون لاحدها فضل على الآخر فى الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لما عرف ولو كان لاحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار جازت ان استوت القيمة وان اختلفت تنعقد الشركة عنانا اه اتقانى (قوله كالنقود) أما فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والعقار والديون لايشترط فيه المساواة حتى لو كان لاحدهما ديون على الناس لاتبطل المفاوضة مالم يقبض الدين ذكره فى الايضاح والذخيرة اه معراج الدراية وسيأتى فى كلام الشارح (قوله كما يقدر الكافر عليه) وفى الايضاح وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما فى قولهم

أى شركة العقد تكون مفاوضة بهذه الشروط المذكورة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة وهى مشتقة منها قال الشاعر

لايصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

والمساواة تكون بما ذكره على ما نبين وقيل المفاوضة مشتقة من التفويض لان كل واحد منهم مايفوض أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ولهذا كانت عامة فى جميع التجارات لتحقق المساواة ولا تصح الا بلفظ المفاوضة أو بالنص على جميع ماتقتضيه المفاوضة لان أكثر الناس لايعرفون شرائطها فيشترط النص عليها أو على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة وانما شرطت الوكالة فيها ليتحقق المقصود وهو الشركة فى المشترى لانه لايقدر ان يدخل فى ملك صاحبه الا بالوكالة منه اذ لا ولاية له عليه ولا يقال الوكالة بالمجهول لاتجوز فوجب أن لاتجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول التوكيل بالمجهول لايصح قصدا ويصح ضمنا حتى صحت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شئ مجهول فى ضمن عقد المضاربة فكذا هذا وأقرب منه شركة العنان فانها جائزة بالاجماع وان تضمنت ماذكرنا من الجهالة فى الوكالة اذ لابد من تضمن عقد الشركة الوكالة لما ذكرنا أو نقول الجهالة تفسد العقد لكونها مفضية الى المنازعة لالذاتها وهنا لاتفضى الى المنازعة فتجوز وقوله ان تضمنت الوكالة ليس فيه فائدة تمتاز به عن غيرها من أنواع الشركة لان كل عقد شركة يتضمنها ولايصح الا بها فلا تختص بالمفاوضة وشرطت الكفالة فى هذا النوع من الشركة لتثبت المساواة بينهما بطلب كل واحد منهما فيما باشره أحدهما ولا يقال ان الكفالة لاتجوز الا بقبول المكفول له فى المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته لانا نقول ذاك فى التكفيل مقصودا وأما اذا دخل فى ضمن شئ آخر فلا يشترط على ماذكرناه فى اشتراط الوكالة مع الجهالة أو نقول جوزناه لتعامل الناس وبمثله يترك القياس كما فى الاستصناع واشترط التساوى فى المال لان لفظه ينبئ عن التساوى والمراد به التساوى فى مال تصح فيه الشركة كالنقود ولا يعتبر بها التفاضل فى العروض وانما شرط أن يتساويا فى التصرف لان المساواة شرط فيها وهى تفوت عند فوات المساواة فى التصرف كالحر والعبد أو البالغ والصغير لان الحر البالغ يملكه بنفسه وهما لايملكانه الا باذن الولى والمولى ولانهما لايملكان التكفيل لكونه تبرعا ابتداء وهو شرط فيها واشترط أن يتساويا فى الدين لان الاختلاف فيه يؤدى الى الاختلاف فى التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا أو خنزيرا لايقدر المسلم أن يبيعه ومن شرطها أن يقدر على بيع جميع مااشتراه شريكه لكونه وكيلا له فى البيع والشراء وكذا المسلم لايقدر على شرائهما كما يقدر الكافر عليه ففات الشرط وهذا عندهما وقال أبو يوسف تجوز

بينهما لان كلا منهما يملك التصرف ويستويان فى الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما الا أنه يكره لان الكافر لا يهتدى الى الجائز من العقود ونظيره أنها تجوز بين الشافعى والحنفى مع تفاوتهما فى بيع متروك التسمية وشرائه وجوابه ما بيناه والفرق لهما أن الحنفى والشافعى لم يتفاضلا فى التجارة وضمانها الا أن الشافعى فى زعمه ان شراء متروك التسمية جائز لهما وفى زعم الحنفى غير جائز لهما فقد استويا فى التصرف فيما يرجع الى اعتقادهما وكذا المحاجة باقية بينهما فيلزمه فيرجع اليه بخلاف المسلم والذمى وتجوز بين الكافرين لاستوائهما فى ملك التصرف والكفالة ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصغيرين ولا بين الصغير والبالغ لفقد شرطها وهو ملك التصرف والكفالة فيهما أو فى أحدهما ثم فى كل موضع لا تصح فيه المفاوضة لفقد شرطها وهو ليس بشرط فى العنان كان عنانا لاستجماع شرائطه اذ هو أخص فاذا بطل الاخص تعين له الاعم قال رحمه الله (فلا تصح بين حر وعبد وصبى وبالغ ومسلم وكافر) لما ذكرنا قال رحمه الله (وما يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام أهله وكسوتهم) أى ما يشتريه كل واحد منهما يكون للشركة الا ما استثناه لان مقتضى عقد المفاوضة المساواة اذ كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف فكان شراؤه كشرائه والقياس أن يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراة مشتركا بينهما لانهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناوله عقد الشركة الا انا استثنيناه للضرورة اذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لا يتمكن من تحصيله الا بالشراء فكان مستثنى بهذا المعنى لهذا القدر من تصرفه من مقتضى العقد دلالة أو عادة وهو كالمنطوق وكذا الاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الادام والجارية التى يطؤها لما ذكرنا قال رحمه الله (وكل دين لزم أحدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر) لانه كفيله والمراد بالكفالة اذا كانت بأمر المكفول عنه وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبى والعبد المأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث فى المرض وله أنها معاوضة انتهاء بخلاف ما اذا كانت بغير أمره والكفالة بالنفس وفى الغصب خلاف أبى يوسف ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره هو يقول إنه ليس بتجارة فصار كارش الجناية وهما يقولان إنه معاوضة ولهذا يصح الاقرار به من المأذون والمكاتب وهذا لان شرط لزومه غير العاقد أن يكون بدلا عن شىء يصح فيه الاشتراك وان لم يقع مشتركا حتى يجب بدل النفقة على غير العاقد لان النفقة يصح فيها الاشتراك فكذا بدل الغصب لانه معاوضة عندنا على ما مر فى العتاق وكذا اذا استأجر أحدهما يلزم الاجر صاحبه لما ذكرنا ولان المساواة به تتحقق ولا يلزمه ارش الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والاقارب لان هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزم الا المباشر لان كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد الا ديون التجارة وهذه الاشياء ليست من باب التجارة فلم تدخل تحت العقد ثم ان أدى العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما رجع عليه الآخر بحصته وان أدى غير العاقد من ماله خاصة رجع عليه بالكل وان أدى من مال مشترك بينهما رجع بحسابه لانه قضى دينه بمال صاحبه أو قضى عنه صاحبه بامره

هكذا ذكره أبو الحسن وذكر فى الاصل قياس قول أبى يوسف أنه يجوز اه كاكى (قوله ونظيره أنها تجوز بين الشافعى والحنفى مع تفاوتهما فى بيع متروك التسمية وشرائه) أى لانه يعتقده حلالا بخلاف الحنفى وكذلك النصرانى مع المجوسى اه اتقانى (قوله وتجوز بين الكافرين) أى وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا اه هداية (قوله ولا تجوز بين العبدين) أى ولا بين المكاتبين اه هداية (قوله ولا بين الصغيرين) أى وان أذن أبوهما لانهما ليسا من أهل الكفالة ذكره فى المبسوط اه كاكى (قوله كان عنانا) أى لانه أتى بمعنى العنان لفظ المفاوضة اه اتقانى (قوله وعندهما لا يلزمه لانه تبرع الخ) أى لانه دين لزم أحدهما الا على وجه التجارة فلا يلزم الآخر كالارش والمهر (١) وهذا لان الكفالة اه اتقانى (قوله ويعتبر من الثلث فى المرض) أى وتبرع أحدهما على صاحبه لا يجوز ألا ترى أنه لو أعتق أحدهما عبدا من شركتهما أو وهب أو تصدق انما يجوز ذلك فى حصته خاصة لا فى حصة شريكه اه اتقانى (قوله وله أنها معاوضة انتهاء) وبيان كونها معاوضة أنه يجبر على الاداء واذا أدى عن المكفول عنه رجع عليه اذا كانت الكفالة بأمره فلما كانت معاوضة فى حال البقاء كانت فى معنى ضمان التجارة لان لزوم الكفالة على صاحبه يلاقى حالة البقاء فلزمت صاحبه ولاجل أنها معاوضة فى حال البقاء صح اقرار المريض مرض الموت فيه بالكفالة بالمال من جميع المال بخلاف انشائها فيه حيث يعتبر من الثلث فصارت الكفالة من أحد المتفاوضين كدين القرض والغصب وليست هى كالكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء اه اتقانى (قوله رجع عليه الآخر بحصته) قال فى الينابيع ولو اشترى أحدهما طعاما لاهله أو كسوة لهم فهو له خاصة فان نقد الثمن من مال الشركة ضمن نصفه لصاحبه فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة لانه فضل مال شريكه والفضل فى المال يبطل المفاوضة اه

(١) قوله وهذا لان الكفالة هكذا فى الاصل وهنا سقط واضح فلتراجع الاصول الصحيحة اه مصححه

(قوله في المتن وتبطل ان وهب لاحدهما أو ورث) قال في شرح الطحاوي ولو استفاد أحدهما مالا بالميراث أو بالهبة أو بالوصية أو بالصدقة فانه ينظر ان كان ذلك المال مما لا يقع عليه عقد الشركة لا تبطل المفاوضة وان كان مما يقع عليه عقد الشركة لم تبطل أيضا حتى يصل الى يده فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا في جميع التجارات اه اتقاني (قوله ووصل الى يده) أغفله المصنف وهو قيد لا بد منه اه (قوله لو ملك أحدهما عرضا لا تبطل المفاوضة) قال في الهداية وان ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار اه أي العقار حكمه في الارث حكم العرض لا تفسد به المفاوضة ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري قال الولوالجي في فتاواه وان ورث عرضا أو دينا لم تبطل ما لم يقبض الدين لانه لا يصلح رأس المال في الابتداء فلا يبطل العقد حالة البقاء وقال في العيون قال ابن أبي ليلى اذا ورث أحدهما مالا فهو بينهما وقال أصحابنا هو للذي ورثه اه اتقاني رحمه الله (قوله في المتن ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين) قال في شرح الطحاوي وعند ابن أبي ليلى تجوز الشركة بالعروض وقال الولوالجي في فتاواه شرط جواز شركة العنان أن يكون رأس مال كل واحد منهما دراهم أو دنانير حاضرا في المجلس أو غائبا عن المجلس والمال وقت العقد ليس بشرط الشركة بل الشرط وقت الشراء حتى لو دفع ألف درهم الى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صحت الشركة لقيام الشركة عند المقصود اه اتقاني (قوله بخلاف المضاربة) أي فانها لم تجز بالعروض ونحوها اه اتقاني (قوله وهو ربح ما لم يضمن) أي لان المال ليس بمضمون على المضارب بل هو أمانة في يده اه اتقاني (قوله فاقتصر على مورد الشرع) أي وهو الدراهم والدنانير اه اتقاني (قوله ولنا أنه يؤدي الى ربح ما لم يضمن) أي وانه لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك اه اتقاني وكتب على قوله ولنا أنه يؤدي باعانهما الى ربح ما لم يضمن ما نصه قال الاتقاني وهذا لانها لو جازت في العروض فباع أحدهما عرضه باضعاف قيمته والآخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح يأخذ الذي باع عرضه بمثل قيمته من ربح مال صاحبه فيكون ذلك ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق برأس المال بعينه وانما يتعلق بمثله دينا في الذمة فيتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال في الذمة اه (قوله وبيع الانسان ماله على أن يكون الثمن مشتركا بينه وبين غيره الخ) قال الاتقاني فانه لو قال الرجل بع عرضك على أن ثمنه بيننا لم يصح ولو قال الرجل اشتر بالف من مالك على أن ما اشتريته بيننا أو اشتر بألف من مالي على ان ما اشتري بيننا جاز ذلك فلهذا افترقا اه (قوله والفلوس اذا كانت تروج فهي أثمان) أي من حيث انها لا تتعين في العقود ولهذا لو اشترى شيأ بفلوس معينة له أن يمسكها ويدفع غيرها اه مشكلات خواهر زاده

قال رحمه الله (وتبطل ان وهب لاحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة) أي بطلت المفاوضة اذا ورث أحدهما أو وهب له ما تصح فيه الشركة ووصل الى يده وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ المساواة فيها شرط ابتداء وبقاء وقد فات اذ لا يشاركه الآخر فيه لانعدام السبب في حقه وتنقلب عنانا للامكان اذ لا يشترط فيه المساواة قال رحمه الله (لا العرض) أي لو ملك أحدهما عرضا لا تبطل المفاوضة به لان التفاوت فيه لا يقع ابتداء فكذا بقاء وهذا لان المفاوضة لا تبطل بتفاوتهما في المال الا في مال يصح عقد الشركة فيه ابتداء كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وما لا فلا ولو ورث أحدهما دينا وهو دراهم أو دنانير لا تبطل حتى يقبض لان الدين لا تصح الشركة فيه فاذا قبض بطلت المفاوضة لانه صار بحال يمنع ابتداء المفاوضة فيمنع البقاء لان للبقاء ما ليس بلازم من العقود حكم الابتداء والمفاوضة منها قال رحمه الله (ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس النافقة) وقال مالك يجوز في العروض اذا اتحد الجنس لاشتراكهما في رأس مال معلوم كالنقود بخلاف المضاربة لانها جوزت مع المنافي وهو ربح ما لم يضمن فاقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك بخلاف النقدين لان ما يشتريه أحدهما يدخل في ملكهما وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لا يتعين فكان ربح ما يضمن ولان أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على أن يكون الثمن مشتركا بينه وبين غيره لا يجوز بخلاف الشراء ولانه يلزم أن يكون وكيلا في بيع المال على أن يكون له بعض ربحه والوكيل بالبيع أمين فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن والفلوس اذا كانت تروج فهي أثمان فأخذت حكم النقدين وقيل هذا عند محمد لانها ملحقة بالنقود عنده وعندهما لا تصح الشركة فيها ولا المضاربة لان رواجها عارض باصطلاح الناس فكان على شرف الزوال فتصير عرضا فلا يصلح رأس مال في الشركة والمضاربة لانه لا يمكن دفع رأس المال بالعدد بعد الكساد ولا بالقيمة لانه لا يعرف الا بالحزر فيؤدي الى النزاع وقيل أبو يوسف مع محمد والاقيس أن يكون مع أبي حنيفة لما عرف من أصلهما أن الفلوس تتعين بالتعيين عندهما وان كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس بفلسين

بأعيانهما عندهما خلافا فالهو والاصح أنها تجوز فى الفلوس عندهما لانها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده وأما التبر وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة فجعله فى شركة الاصل والجامع الصغير بمنزلة العروض فلم يصلح رأس مال الشركة والمضاربة وجعله فى صرف الاصل كالاثمان لان الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة والاول هو ظاهر المذهب ووجهه أن الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب لا يصرف الى شئ آخر غالبا والمعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن والا فحكمه كحكم العروض فى حكم التعيين وعدم جواز الشركة والمضاربة به وأما المكيل والموزون والعددى المتفاوت فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط وان خلطاه بجنسه فهو كذلك عند أبى يوسف ويكون المخلوط بينهما شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر فى استحقاق المشروط من الربح فعند محمد يستحق وعند أبى يوسف يكون بينهما على قدر ماليهما ويبطل شرط التفاوت وجه قول محمد أن المكيل والموزون ثمن من وجه حتى يصح الشراء به دينا فى الذمة عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين فبالنظر الى أنه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى أنه ثمن يجوز بعده رعاية للشبهين وتوفيرا لحظهما عليهما بخلاف العروض وجه ظاهر الرواية أن ما يصلح رأس المال فى الشركة لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه لان المعنى المانع موجود فى الحالين وهو تعينه بالتعيين فصار كما اذا خلطاه بخلاف جنسه وفرق محمد بينهما فانه اذا خلط الجنس بجنسه يكون من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله وان خلطه بخلاف جنسه يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته وأبو يوسف يقول لا تأثير لكونه من ذوات الامثال كما قبل الخلط قال رحمه الله (ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وعقدا الشركة صح) أى لو باع كل واحد منهما نصف ماله من العروض بنصف مال الآخر وعقدا عقد الشركة بعد البيع جازت الشركة وصارت شركة عقد وهذا لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف فى نصيب الآخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما أن يتصرف فى نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن أراد الشركة فى العروض لانه بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا على ما بينا وحمل بعضهم ما ذكرهنا من بيع نصف مال كل واحد منهما على ما اذا كانت قيمتهما على السواء وأما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة كما اذا كانت قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المال كله بينهما أخماسا وهذا الحمل غير محتاج اليه لانه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بان باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر حتى يكون المال كله بينهما أرباعا فيعلم بذلك أن قوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقا أو قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها التساوى بخلاف العنان وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقدا الشركة فى العرض الذى باعه جاز أيضا قال رحمه الله (وعنان إن تضمنت وكالة فقط) أى هى عنان ان تضمنت الوكالة وحدها ولم تتضمن الكفالة وهو أن يشترك الرجلان فى نوع بز أو طعام أو فى عموم التجارة ولم يذكرا الكفالة والعنان مأخوذ من قولهم عن له كذا أى عرض له قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار فى ملاء مذيل

أى عرض أو من قولهم عن له بمعنى ظهر له فكأنه ظهر له أن يشاركه فى البعض من ماله لان العنان لا يثبت على العموم من كل وجه أو من عنان الدابة على معنى أن راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل

(قوله فى المتن وعنان) بالرفع عطف على قوله سابقا وهى مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وكتب على قوله عنان ما نصه سمى به لانه شئ عرض له فى هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة اهـ اتقانى

بالاخرى فكذا كل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه ومالك والشافعي رضي الله عنهما لم يجيزا هذا الاسم على هذه الشركة وقالا هذه كلمة تطرق بها أهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة العامة والخاصة من غير أن يكون مستعملا في كلام العرب وهذا خطأ فانه مستعمل في كلام العرب قال النابغة

وشاركنا قريشا في تقاها * وفي أحسابها شرك العنان

وانما تضمنت الوكالة ليحصل مقصوده وهو الشركة فيما يشتريه كل واحد منهما ولا حاجة الى تضمنه الكفالة لان اللفظ لا ينبئ عن المساواة بخلاف المفاوضة قال رحمه الله (وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه) وهو أن يتساويا في الربح دون المال ومعناه أن يشترطا الاكثر للعامل منهما أو لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا فلا يجوز وقال زفر رحمه الله يستحقان الربح على قدر ماليهما ولا يجوز أن يشترطا خلاف ذلك لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان الضمان بقدر رأس المال ولهذا لا يجوز اشتراط الوضيعة على خلاف رأس المال فكذا الربح ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولان الربح يستحق بأحد ثلاثة أمور بالمال والعمل والضمان وقد وجد العمل هنا فوجب أن يستحق المشروط به كالمضارب فانه يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يتقبل الاعمال بالضمان وغيرهما بالمال ولان الحاجة مست الى اشتراط التفاضل لان أحدهما قد يكون أهدى وأحذق في التجارة ولا يرضى بالمساواة فوجب القول بجوازه كيلا تتعطل مصالحهم بخلاف اشتراط جميع الربح لانه يخرج به عن الشركة والمضاربة الى القرض أو البضاعة وبخلاف الوضيعة لانه أمين فلا يجوز اشتراط الضمان عليه لان الامانة تنافيه كالوديعة وغيره ولا ينافي استحقاق الزيادة من الربح بعمله بشرط أن يكون عمله مثل عمل شريكه أو أكثر لما ذكرنا ولانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل بمال غيره ويشبه الشركة من حيث الاسم ووجود العمل والمال منهما فقلنا جاز اشتراط الزيادة اعتبارا بالمضاربة ولا تبطل باشتراط العمل عليهما اعتبارا بالشركة تحققه أن كلا منهما يعمل في مال صاحبه وفي مال نفسه وعمله في مال صاحبه بأجرة فيستحق المسمى فيه كالمضاربة قال رحمه الله (وببعض المال) أي يجوز ببعض المال دون بعض لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه فوجب القول بجوازه قال رحمه الله (وبخلاف الجنس) أي تجوز بخلاف الجنس أيضا بان كان من جهة أحدهما دراهم ومن جهة الآخر دنانير وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا تتصور الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة في الاصل ولا يتصور ذلك بلا خلط والجنسان لا يختلطان فيكون نصيب كل واحد منهما ممتازا عن نصيب الآخر ولا اشتراك مع الامتياز ولفظ الشركة يدل على الاختلاط على ما بينا ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشتري كل واحد منهما بثمن في ذمته على أن يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال ولهذا يسمى العقد شركة وعقد الشركة مستندة الى العقد حتى جاز شركة الوجوه والتقبل لا الى المال لان ذلك لا اختصاص له بالعقد واذا كانت مستندة الى

(قوله بخلاف المفاوضة) قال في الهداية ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له أي اعترض له وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ اه (قوله في المتن وتصح مع التساوي في المال دون الربح) قال في الهداية ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح قال الكمال وعكسه بان يتساويا في الربح ويتفاضلا في المال اه (قوله وان شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا) أي اذا شرطا العمل على أحدهما على أن يكون له زيادة ربح على رأس ماله جاز لان العمل مما يستحق به أصل الربح كما في المضاربة وان اشترطا أن يكون له مثل ربح ماله جاز أيضا ويكون مال صاحبه في يده كالبضاعة لانه تبرع بعمله وان شرطا الفضل لمن لا يعمل لا يجوز وله مثل ربحه خاصة اه شرح تكملة (قوله لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن) أي فان المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اه هداية (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا الخ) قال الكمال ولنا ما ذكره المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يعرف الحديث وبعض المشايخ ينسبه الى علي اه (قوله والمضاربة الى القرض) أي باشتراطه للعامل اه (قوله أو البضاعة) أي باشتراطه لرب المال اه (قوله ولانه يشبه المضاربة) أي عقد شركة العنان اه (قوله ويشبه الشركة) أي شركة المفاوضة اه (قوله وقال زفر والشافعي لا يجوز) لهما أن الدراهم والدنانير مالان لا يختلطان فلا تنعقد بهما الشركة قياسا على الدراهم مع العروض ولنا أنهما مالان العقد من جنس الاثمان فتنعقد بهما الشركة كما اذا كانا من جنس واحد على وضيعة واحدة بخلاف الدراهم مع العروض لان أحد البدلين ليس من جنس الاثمان ولان أول هذا العقد توكيل في التصرف وآخره اشتراك في الربح فلم يشترط الاتحاد في المال ولا الخلط كما في المضاربة فلو قال زفر ان الشركة في الجنسين تؤدي الى جهالة الربح لان رأس المال عند القسمة يستوفي بالقيمة وهي مجهولة فلا تصح الشركة كالعروض قلنا لا نسلم الجهالة لان كل واحد منهما يمكنه أن يستوفي رأس ماله بعينه من غير قيمة بخلاف العروض فظهر الفرق اه اتقاني

العقد لم يشترط فيها الخلط والمساواة والاتحاد وقيل هذه المسئلة مبنية على أن الدراهم والدنانير يتعينان عندهم كالعروض وعندنا لا قال رحمه الله (وعدم خلط) أى تجوز هذه الشركة مع عدم الخلط بين المالين على ما بينا آنفا والخلاف فيه قال رحمه الله (وطولب المشترى بالثمن فقط) أى طولب المشترى وحده بالثمن هنا ولا يطالب الآخر فيما اشتراه للشركة لان العنان تقتضى الوكالة دون الكفالة والمباشر هو الاصل فى الحقوق فيرجع به عليه بخلاف المفاوضة قال رحمه الله (ورجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن لانه وكيل له وأدى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه وان نقد من مال مشترك لم يرجع عليه وان اختلفا بان ادعى انه اشترى بهذا الشركة وهلك فعليه البينة لانه يدعى عليه حق الرجوع وهو منكر فالقول قوله قال رحمه الله (وتبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء) لان الشركة عقد جائز وليس بلازم فيكون لبقائه حكم الابتداء ولان النقود تتعين فيها كما فى الهبة والوصية فكانت معقودا عليها فتبطل بالهلاك كما فى هلاك المبيع قبل القبض فاذا هلك هلك من مال صاحبه لانه باق على ملكه بعد العقد فلا يجب عليه ضمان ماله ان هلك فى يده وان هلك فى يد صاحبه فهو أمين فلا يضمن وان هلك بعضه بعد الخلط بقى الباقى على الشركة وان هلك كله تبطل الشركة لما ذكرنا أن النقود تتعين فيها بخلاف المضاربة والوكالة المفردة حيث لا يبطلان بهلاك النقود التى ورد عليها العقد قبل القبض وان هلكت بعد القبض قبل الشراء تبطل المضاربة والوكالة لانها تتعين بالقبض لا بالعقد قال رحمه الله (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشترى بينهما) يعنى على ما شرطا لان الشركة كانت قائمة وقت الشراء فوقع الملك مشتركا بينهما فلا يتعين بهلاك مال الآخر ثم الشركة شركة ملك عند الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف الا فى نصيبه لان شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما التصرف فيه لانه حين وقع وقع مشتركا بينهما شركة عقد فلا تبطل بالهلاك بعد تقرره كما لو اشتريا بمالهما ثم هلك المالان قبل النقد قال رحمه الله (ورجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن لانه وكيل فى حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه هذا اذا هلك أحد المالين بعد شراء أحدهما فلو هلك قبل الشراء ثم اشترى الآخر بماله ينظر فان كانا صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان عقد الشركة ان بطل بالهلاك فالوكالة المصرح بها باقية فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة ويرجع عليه بحصته من الثمن لما ذكرنا وان ذكرا مجرد الشركة ولم يذكرا فى عقد الشركة الوكالة فالمشترى يكون للمشترى خاصة لان دخوله فى ملكه بحكم الوكالة التى هى فى ضمن الشركة وقد بطلت الشركة فيبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بها لانها صارت مقصودة وأطلق فى بعض النسخ أنه يكون مشتركا بينهما وفى بعضها أطلق أنه لا يكون مشتركا فالاول محمول على ما اذا نصا على الوكالة والثانى على ما اذا لم ينصا عليها قال رحمه الله (وتفسد ان شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة

(قوله لان العنان تقتضى الوكالة) أى فلما كان انعقادها على الوكالة كان المشترى واقعا لنفسه فى البعض بطريق الاصالة ولشريكه فى البعض الآخر بطريق الوكالة والعاقد فى الشراء هو المطالب بالحقوق فلهذا توجه المطالبة اليه دون شريكه اهـ اتقانى (قوله فى المتن ورجع على شريكه) أى المشترى اهـ قال الاتقانى ثم اذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة على ذلك وان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه اهـ (قوله لانه وكيل له وأدى الثمن من ماله) أى والوكيل اذا أدى الثمن من مال نفسه يرجع على مال الموكل فكذا هنا اهـ اتقانى (قوله فى المتن وتبطل بهلاك المالين الخ) قال الاتقانى ثم بطلان الشركة عند هلاك المالين ظاهر وكذا اذا هلك أحد المالين قبل وجود التصرف لان الشركة لما بطلت فى الهالك بطلت فيما يقابله لان صاحبه لم يرض بمشاركته فى ماله الا بشرط أن يشركه هو فى ماله أيضا وقد عدم هذا الشرط بهلاك أحد المالين فبطلت الشركة فى المالين جميعا ثم الهالك يعتبر هالكا من مال صاحبه حتى لا يرجع بنصف الهالك على الشريك الآخر لانه لم يهلك على الشركة حيث بطلت الشركة بهلاك المال وهذا ظاهر اذا هلك فى يد صاحبه وكذا اذا هلك فى يد الآخر لان المال فى يده أمانة ولا ضمان على الامين بخلاف ما لو هلك بعد الخلط لانه يهلك على الشركة لعدم التميز اهـ اتقانى (قوله والوكالة المفردة) احتراز عن الوكالة الثابتة فى ضمن عقد الشركة وفى ضمن عقد الرهن فان النقود تتعين فيهما اهـ اتقانى (قوله فى المتن وهلك مال الآخر) أى قبل الشراء اهـ هداية (قوله لان شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين) أى وانما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك اهـ (قوله ينظر فان كانا صرحا بالوكالة فى عقد الشركة) أى مثل أن يشتركا على أن ما يشتريه كل واحد منهما فهو بينهما والربح بينهما نصفين أو أثلاثا اهـ اتقانى (قوله فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة) أى ويكون شركة ملك اهـ هداية قوله ويكون شركة ملك أى لا يجوز لاحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر الا باذنه لان الملك حصل بالوكالة والوكيل لا يتصرف فى المشترى بدون اذن الموكل فكذا هنا اهـ (قوله ولم يذكرا فى عقد الشركة الوكالة) أى مثل أن يشتركا على أن يشتريا ويبيعا فما كان من ربح فهو بينهما نصفين أو أثلاثا اهـ اتقانى

(قوله فلعله لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما من الربح) أى وهو خلاف مقتضى الشركة لان مقتضاها الاشتراك فى الربح لا اختصاص واحد منهما ونقل فى الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهرزاده أنه ذكر فى أول المضاربة الشركات لا تبطل بالشروط الفاسدة واذا شرط فى المضاربة ربح عشرة أو فى الشركة تبطل لا لانه شرط فاسد بل لانه شرط ينتفى به الشركة وقال فى الشامل فى قسم المبسوط اشتراطا على أن تكون الوضيعة لا على قدر رأس المال بان جاء أحدهما بألف والآخر بألفين على أن يكون الربح والوضيعة نصفين فهى فاسدة يعنى الشرط فاسد لان رأس المال أمانة فى يد الشريك والامانة لا تضمن بالشرط كالوديعة والعقد جائز لان الشركة عقد جائز والشرط لا يلزم فى عقد جائز ولان المقصود الربح والفساد ما تعدى اليه فان عملا على هذا الشرط فربحا فالربح على ما اشترطا لما عرف والوضيعة على قدر رأس مالهما لان هلاك الامانة يكون على صاحب المال الى هنا لفظ الشامل اه اتقانى (قوله فى المتن ويودع) أى مال الشركة لان عادة التجار فيما بين المسلمين جرت كذلك قال الحاكم الشهيد فى الكافى وليس له أن يعير فى القياس فان فعل فأعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس فيه (٣٢٠) أن المعير ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه ولكنى أستحسن أن لا أضمنه وهذا قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وكذا لو أعار ثوبا أو دارا أو خادما الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله اه اتقانى (قوله وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة) أى وليس لشريك العنان أن يشاركه غيره لان الشركة الثانية مثل الاولى فلا تكون من أحكامها وأتباعها فكذا لم يجز له أن يدفعه مضاربة الا اذا نص على ذلك كما يجوز أن يشارك غيره اذا نص عليها اه اتقانى رحمه الله (قوله فى المتن ويوكل لانه متعارف بينهم) قال الاتقانى لان الشركة منعقدة على عادة التجار وفى عادتهم توكيل الشريك من يتصرف فى مال الشركة فجاز ذلك أو نقول المقصود من عقد الشركة التجارة لتحصيل الربح وكل واحد من الشريكين ربما لا يتهيأ له المباشرة بنفسه للتجارة فلا بد من التوكيل فيثبت التوكيل فى ضمن التجارة بمعالها نقيل بدلالة الحال فصار كأن كل واحد منهما أمر صاحبه أن يوكل وليس كذلك الوكيل بالشراء حيث لا يملك التوكيل لانه عقد خاص ثبت مقصود التحصيل شئ معلوم جنسه وصفته فلم يثبت فى ضمنه تبعا ما هو مثله قال الكرخى رحمه الله فى مختصره قال محمد فى كتاب الرهن اذا رهن أحد شريكى العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما أداناه وقبض لم يجز على شريكه من قبل أنه لم يسلطه أن يرتهن فان هلك الرهن فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريكه المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن فى يده بمنزلة الاستيفاء اه (قوله فى المتن ويده فى المال) يعنى أن كلا من المفاوضين وشريكى العنان يده يد الامانة حتى اذا هلك المال فى يده هلك بلا ضمان اه اتقانى (قوله لا على وجه المبادلة) احترز به عن المقبوض على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة لان القابض على سوم الشراء قبضه على وجه البدل اه اتقانى (قوله والوثيقة) احترز به عن الرهن فانه مضمون بأقل من قيمته ومن الدين لان المرتهن قبضه على وجه الوثيقة اه اتقانى

في بعض الوجوه فلعله لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما من الربح ونظيره المزارعة عند من يجيزها قال رحمه الله (ولكل من شريكى العنان والمفاوضة أن يبضع) لانه معتاد بين التجار ولان له أن يستأجر من يتجر فيه فبغير الاجر أولى لانه دونه لعدم المؤنة فيه قال رحمه الله (ويستأجر) أى ليتجر فيه أو ليحفظ المال لانه معتاد بين التجار ولانه قد يتعذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا يجد له بدا منه قال رحمه الله (ويودع) لانه اقامة الحافظ فى المال فاذا كان له أن يستحفظ بأجر فبغير أجر أولى قال رحمه الله (ويضارب) لانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلا وبالربح أجيرا والشركة فيه ضرورية تثبت ضرورة استحقاق الاجر من الربح مشاعا فله أن يفعل هذه الاشياء كلها على الانفراد فكذا على الاجتماع ولانه استئجار ببعض الخارج من العمل فاذا كان له أن يستأجر بشئ فى الذمة فلان يجوز هذا أولى وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول أصح وهو رواية الاصل لان الشركة فيه غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح فصار كما لو استأجر ليتجر فيه بل أولى على ما بينا بخلاف الشركة لان الشئ لا يتضمن مثله والمضاربة دون الشركة فتتضمنها والدليل على أنها دونها أن المضارب ليس عليه شئ من الوضيعة وانه اذا فسدت لا يستحق شيئا من الربح ولا يلزم على هذا المكاتب والمأذون له فى التجارة حيث يجوز للمكاتب أن يكاتب وللمأذون له أن يأذن وان كان مثلهما لانا نقول أطلق لهما الاكتساب وهذا من بابه ألا ترى أنه يجوز لهما البيع وهذا دونه اذ لا يخرج فى الاذن من ملكه أصلا وفى الكتابة حتى يقبض الثمن وهو بدل الكتابة ولان المنع من استتباع المثل فى حق الغير وأما فى حق نفسه فلا يمنع والمكاتب أو المأذون له متصرف لنفسه بعد فك الحجر فلا يمنع من ذلك بخلاف الوكيل والمضارب والشريك قال رحمه الله (ويوكل) لانه متعارف بينهم وهو دون الشركة ولانه لما كان له أن يستأجر من يحفظ المال ومن يتجر فيه فأولى أن يوكل لانه دون الاستئجار قال رحمه الله (ويده فى المال أمانة) لانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة والعارية قال رحمه الله (وتقبل ان اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما) أى شركة العقد تقبل أى شركة

تقبل على حذف المضاف وتسمى شركة الصنائع وشركة الاعمال وهذه الشركة جائزة عندنا وقال الشافعى لا يجوز وهى احدى الروايتين عن زفر لان الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى رأس المال على أصلهما ولا مال لهما فكيف يتصور لهما التثمير بدون الاصل ولنا أن المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز ألا ترى أنه لو وكله بتقبل الاعمال من غير أن يكون للعاقد فيه شركة يجوز فكذا اذا كانت له فيه شركة كالشراء وهذا لان الشريك قد يستحق الربح بالعمل كما يستحقه بالمال كالمضارب ورب المال وقد يستحقانه بالمال فقط على ما ذكرنا فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط ويكون هذا عقد شركة لا اجارة ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان المدة بل يجوز مطلقا كالمضاربة ولا يشترط فيه اتحاد جنس العمل واليه أشار فى الكتاب بقوله أو خياط وصباغ وكذا لا يشترط فيه اتحاد المكان خلافا لزفر ومالك فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو امكان التحصيل بالتوكيل لا يختلف باختلافهما قال رحمه الله (وكل عمل يتقبله أحدهما يلزمهما) لانه تقبله لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة فيجب عليهما فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالبان بالاجر ويبرآن بعمل أحدهما ويبرأ المستعمل بدفع الاجرة الى أحدهما وهذا ظاهر فى المفاوضة وفى العنان استحسان والقياس أن لا يلزم وان لا يطالب غير المتقبل لانه مقتضى الكفالة والكفالة تثبت بمقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن العمل هنا كالثمن فى الشركة فى المال فكما يرجع على شريكه هنالك بالثمن فكذا يرجع عليه هنا بالعمل ولا يمكن ذلك الا بقبول العمل لانه لو أخر الى ما بعده لسقط حقه فى الرجوع اذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى فى هذه الشركة حكم العنان والمفاوضة فى الضمان وهذا لان الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل ولا مال لهما فتعين العمل ولا وجه لضمان العمل الا على هذا الوجه قال رحمه الله (وكسب أحدهما بينهما) يعنى اذا عمل أحدهما دون الآخر كانت الاجرة بينهما على ما شرطا أما استحقاق العامل فظاهر وأما الآخر فلانه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامنا له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز والقياس أن لا يجوز لان الخراج بالضمان فالزيادة على ما ضمن من العمل ربح ما لم يضمن فوجب أن لا يجوز كشركة

(قوله وتسمى شركة الصنائع) قال الاتقانى رحمه الله اعلم أولا ان شركة الصنائع تسمى شركة التقبل وشركة الاعمال وشركة الابدان لان العمل بالبدن يكون ثم اعلم أنها قد تكون مفاوضة وقد تكون عنانا على ما صرح به فى شرح الطحاوى وأما المفاوضة بينهما فهى أن يكونا جميعا من أهل الكفالة وأن يشترطا ما رزقهما الله تعالى بينهما نصفين وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة كما فى الشركة بالاموال وأما العنان فيجوز سواء كانا من أهل الكفالة أو لم يكونا بعد أن كانا أهلا للتوكيل ثم اعلم أن شركة التقبل جائزة عندنا سواء اتفقت الصنعة أو اختلفت كقصارين أو خياطين يشتركان على تقبل الاعمال من الناس أو قصار واسكاف وقال زفر هى جائزة بشرط اتفاق الصنعة وقال زفر فى رواية لا تصح أصلا وبه أخذ الشافعى وجه عدم الجواز أن الربح فرع المال ولا مال هنا وقد مر ولنا أن المسلمين فى سائر الامصار يعقدون هذه الشركة وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن اهـ (قوله فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط) قال الاتقانى ثم لا يشترط اتحاد العمل والمكان عندنا حتى اذا كان أحدهما قصارا والآخر خياطا وقعدا فى دكانين جاز عندنا خلافا لمالك وزفر لانه اذا كان العمل مختلفا يعجز كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذى يتقبله لانه ليس ذلك من صنعته فلا يحصل المقصود من الشركة ولنا أن المعنى المجوز للشركة تحصيل الربح بالتوكيل والتوكيل يصح ممن يحسن مباشرة العمل أو لا يحسنها لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له أن يستعين بغيره أو يستأجره فاذن لا يكون كل واحد منهما عن اقامة العمل عاجزا وكان العقد صحيحا قال فى الشامل فى قسم المبسوط وان غاب أحدهما أو مرض وعمل الآخر يكون الاجر بينهما وذلك لان عمله كعملهما اهـ (قوله كانت الاجرة بينهما على ما شرطا) قال الاتقانى ثم اذا عملا فكل واحد يستحق فائدة عمله وهو كسبه واذا عمل

أحدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بالتقبل فوقع عمله له فكأن الشريك استعان بأجنبى حتى عمل وهذا جائز لان المشروط مطلق العمل لا عمل الصانع بنفسه فان القصار اذا استعان بغيره أو استأجر غيره حتى عمل استحق القصار الاجر اهـ (قوله ولو شرطا العمل نصفين) قال الاتقانى رحمه الله قالوا جواز اشتراط التفاضل فى الربح مع التساوى فى العمل فى شركة التقبل انما يجوز اذا كانت عنانا أما فى المفاوضة فلا يجوز اهـ وكتب على قوله ولو شرطا العمل نصفين ما نصه ولو شرطا الاكثر لادناهما عملا اختلف المشايخ فيه كذا فى الخلاصة قال فى الغاية الصحيح أنه يجوز حكاه العينى فى شرح الكنز اهـ قوله قال فى الغاية الخ عبارة الاتقانى فى الغاية قلت الصحيح أنه يجوز أيضا لان الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل ألا ترى الى ما نص الحاكم الشهيد فى الكافى فان غاب أحدهما أو مرض ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما وقال فى شرح الطحاوى ولو أن رجلا أجلس على دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا تجوز هذه الشركة لان من أحدهما العمل ومن أحدهما الحانوت فتكون هذه شركة بالعروض وفى الاستحسان تجوز لان هذه شركة التقبل لان تقبل العمل من صاحب الحانوت عمل فصارت شركة بالاعمال اهـ

الوجوه وجه الاستحسان أن العمل لا يتقوم إلا بالعقد أو شبه العقد فللإنسان أن يقوم عمله عاشا فإذا قوما عمل أحدهما بشيء وعمل الآخر بأنقص منه أو أزيد لا يمتنع كثمن العين فيكون ما يأخذه من الأجرة بدل عمله ابتداء لا ربحا لأن الربح يكون عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن العمل غير المال بخلاف شركة الوجوه لأن ما يلزم كل واحد منهما من الثمن متقوم وكذا المشترى متقوم فيستحقان من الربح بقدر ما ضمنا قال رحمه الله (ووجوه إن اشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) أي هذه شركة وجوه يعني شركة العقد شركة وجوه وتفسيره ما بيناه سمي به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس وقيل لأنهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وقيل لأنهما إذا جلسا يدبران أمرهما ينظر كل واحد منهما إلى وجه صاحبه ويكون هذا النوع من الشركة عنانا ومفاوضة كشركة التقبل وإذا نصا على المفاوضة أو ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيهما شرائطها صارت مفاوضة فيهما وإلا فعنان وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النوع من الشركة لأن خلط المال شرط عنده ولا يجوز بغير مال وعندنا تجوز لأن المقصود من الشركة التحصيل بالوكالة وقد أمكن لأن الشراء والبيع مما يقبل الوكالة على ما بينا في شركة التقبل ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لأنه لا ولاية له على صاحبه إلا به قال رحمه الله (وتتضمن الوكالة) لأنه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه إذ لا ولاية له عليه ولهذا تضمنها جميع أنواع شركة العقود وتتضمن الكفالة أيضا مع ذلك إذا كانت مفاوضة لما بينا في أول الكتاب قال رحمه الله (وإن شرطا مناصفة المشترى أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل) لأن الربح لا يستحق إلا بالعمل كالمضارب أو بالمال كرب المال أو بالضمان كالأستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ بأقل مما أخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي بعض ربحه لا يستحق شيئا لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان بقدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جائز وفي المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست في معناها إذ لا يعمل في مال معين وتعيين المال هو الذي في المضاربة ألا ترى أن المال لما كان معينا في غير شركة الوجوه جاز أيضا اشتراط التفاضل بشرط العمل على ما بينا قبل

﴿فصل في الشركة الفاسدة﴾ قال رحمه الله (ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء) وكذا

(قوله في المتن ووجوه إن اشتركا إلخ) قال في شرح الطحاوي وأما الشركة بالوجوه فهو أن يشترك الرجلان وليس لهما مال ولا عمل على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعاها بالنقد فما حصل من الربح فهو بينهما فهذا جائز اهـ اتقاني وكتب على قوله ووجوه إن اشتركا ما نصه قال في شرح الطحاوي في شركة الوجوه وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما اهـ اتقاني رحمه الله وكتب أيضا على قوله ووجوه إن اشتركا ما نصه قال الاتقاني وقد تكون هذه الشركة مفاوضة وقد تكون عنانا فالمفاوضة أن يكون الرجلان من أهل الكفالة وأن يكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه وأن يكون المشترى بينهما نصفين وأن يتلفظا بالمفاوضة وأما العنان منهما فهو أن يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشترى بينهما اهـ (قوله صارت مفاوضة فيهما) أي في التقبل والوجوه اهـ (قوله فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن) أي فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها كذا في الهداية اهـ وكتب على قوله فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ما نصه قال الإمام الاتقاني رحمه الله اعلم أن اشتراط فضل الربح على قدر الضمان لا يجوز فإن شرط الفضل فيه لأحدهما بطل الشرط وكان الربح بينهما على قدر ضمانهما وهذا لأن ضمان الثمن إذا كان أثلاثا بينهما مثلا وقد شرطا أن يكون الربح نصفين كان لصاحب الثلث ربح ما ضمنه على غيره وهو السدس فيلزم من ذلك ربح ما لم يضمن وهو السدس وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه تحقيقه أن استحقاق الربح إما أن يكون بالمال كرب المال في المضاربة أو بالعمل كالمضارب أو بالضمان كرجل يجلس على دكانه تلميذا يطرح عليه العمل بالنصف حيث يستحق نصف الربح ولا استحق الربح في الشرع بلا واحد من الوجوه الثلاثة ثم استحقاق الربح في شركة الوجوه بضمان الثمن فإذا كان الضمان نصفين يكون اشتراط فضل الربح على النصف ربح ما لم يضمن لا محالة فلا يجوز اهـ

﴿فصل في الشركة الفاسدة﴾ شرع في الشركة الفاسدة بعد فراغه من الشركة الصحيحة لأن الصحيح موجود أصلا ووصفا والفاسد موجود أصلا لا وصفا فكان تقديم ما هو موجود من كل وجه أولى اهـ اتقاني (قوله في المتن ولا تصح شركة في احتطاب إلخ) وإنما لم تصح الشركة في الأشياء المباحة لأن الشركة تتضمن الوكالة وشرط تحقق الوكالة أن يكون الموكل به بحيث لا يملكه الوكيل بدون أمر الموكل وفي المباحات يملكها الوكيل بلا توكيل فلم تصح الشركة لعدم صحة الوكالة وسبب تملك المباحات الحيازة فكل من فاز بالسبب فاز بها وعلى هذا سؤال الناس والتكدي قال الكرخي في مختصره ولكل واحد منهما ما أخذ مكانه وعمله وربحه ووضيعته عليه وإن كان الآخر أعانه في عمله وجمعه فله أجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك في قول أبي يوسف وقال محمد يبلغ أجر مثله بالغا ما بلغ وقول أبي يوسف استحسان

الى هنا لفظه اه اتقانى (قوله واجتناء الثمار من الجبال) أى والبرارى كالفستق والجوز وغير ذلك اه (قوله فى المتن وعليه أجر مثل) مثل ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى نسخ المتن (قوله وللآخر راوية) رويت القوم اذا استقيت لهم والبعير الذى يحمل عليه الماء الراوية وكثر ذلك حتى سموا المزادة راوية كذا قال ابن دريد والمراد هنا المزادة قال أبو عبيد المزادة لا تكون الا من جلدين تفأم بجلد ثالث لتتسع والجمع مزاد ومزايد اه اتقانى (قوله لأن الربح تبع للمال كالريع) أى فانه تابع للبذر فى المزارعة اه هداية وكتب على قوله كالريع مانصه الريع النماء والزيادة كذا فى المجمل اه (قوله وهذا لانها تتضمن الوكالة) أى سواء كانت مفاوضة أو عنانا اه اتقانى (قوله والوكالة تبطل بالموت واللحاق الخ) ثم لما ثبت بطلان الشركة بالموت ثبت بطلانها بالارتداد اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه لانه موت حكمى ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه اتقانى (قوله حيث يتوقف على علم الآخر لكونه عزلا قصديا) قال الاتقانى رحمه الله ثم الشركة فى العزل القصدى تنفسخ اذا كان مال الشركة عينا يعنى دراهم أو دنانير ولو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ فقد ذكر الطحاوى فى مختصره أنه لا تنفسخ وجعله بمنزلة المضاربة وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى لا رواية عن أصحابنا فى الشركة وانما الرواية فى المضاربة وهى أن رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم أو دنانير صح النهى وان كان رأس المال دراهم كان له أن يصرف الدنانير الى الدراهم وان كان رأس المال دنانير كان له أن يصرف الدراهم الى الدنانير وليس له أن يشترى بها عرضا وان كان رأس المال عروضا وقت النهى فلا يصح نهيه وجعل الطحاوى الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرقوا بين المضاربة والشركة وقالوا يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عرضا بخلاف المضاربة لان مال الشركة فى أيديهما جميعا وولاية التصرف فيه اليهما فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عرضا وأما مال المضاربة فانه فى يد المضارب وولاية التصرف اليه لا الى رب المال فلا يملك رب المال نهيه بعدما صار المال عرضا كذا قال فى شرح الطحاوى اه قوله فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم قال الكمال فان كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهيه غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير بان كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط اه وقوله وان كان رأس المال عرضا قال الكمال وبعض مشايخنا قالوا تنفسخ وان كان المال عرضا وهو المختار اه

فى أخذ كل مباح كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا يمكن تحقيق هذا المعنى هنا لان الموكل لم يملكه فلا يملك اقامة غيره مقامه ولان المباح لمن أخذه فلا يمكن ايقاع الحكم فيه لغيره قال رحمه الله (والكسب للعامل) لما ذكرنا قال رحمه الله (وعليه أجر مثل ماللآخر) لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه أجر مثله حتى لو اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية ليستقيا عليها الماء فأيهما استقى فهو له ويجب عليه أجر مثل آلة الآخر بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به المسمى وأصله ان الاجارة اذا فسدت يجب أجر المثل ثم ان كان المسمى معلوما لا يزاد أجر المثل على المسمى وان كان مجهولا كما اذا جعل الاجر دابة أو ثوبا أو استأجر دارا أو حماما على أن العمارة على المستأجر يجب بالغا ما بلغ اذ لا يمكن تحديده بشئ ولم يتم رضاه بشئ وان كان معلوما من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع ونحو ذلك فعند محمد يجب بالغا ما بلغ لان النصف مجهول لانه يكثر بكثرة ما يحصل وينقص عند قلته فلا يتم رضاه الا بشئ مقدر وعندهما لا يزاد على المسمى لانه معلوم من كل ما يحصل بعمله فتم رضاه به وأكثر ما يقع هذا فى المضاربة والمزارعة فمحمد مال الى كونه مجهولا وهما الى كونه معلوما فاذا كان المباح فيما نحن فيه لمن أخذه يجب عليه للآخر أجر المثل على ما ذكرنا وان أخذاه معا يكون مشتركا بينهما ثم ان علم ما أخذه كل واحد منهما بالكيل أو الوزن فى المكيل والموزون مثل الثمرة ونحوها أو بالقيمة فى القيمى فلا كلام فيه وان لم يعلم فدعوى كل منهما تصدق الى النصف ولا تصدق فيما زاد على ذلك لانهما استويا فى الكسب وفى كونه فى أيديهما فما كان فى يد كل واحد منهما النصف ظاهرا فلا يصدق فيما زاد عليه الا ببينة قال رحمه الله (والربح فى الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل) لان الاصل أن الربح تبع للمال كالريع وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الرفع قال رحمه الله (وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما) أى ولو كان الموت حكما بان ارتد أحدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان الشركة من العقود الجائزة فيكون لدوامها حكم ابتدائها وهذا لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق المقصود وهو الشركة فى المشترى على ما مر والوكالة تبطل بالموت واللحاق على ما عرف فى موضعه ولا فرق بين أن يعلم موت صاحبه أو لا يعلم لانه عزل حكمى فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعنى شركة العقد لعدم الفائدة فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا بخلاف ما اذا فسخ أحدهما الشركة فى حالة يكون له الفسخ فيها بان كان المال دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لكونه عزلا قصديا قال رحمه الله (ولم يزك مال الآخر) أى لا يزكى كل واحد منهما نصيب صاحبه لانه لم يأذن له فيها لان الاذن بينهما وقع

(قوله وأديامعاضمنا) أى ضمن كل منهما نصيب صاحبه اه وذكر القاضى الغنى فيما لوأديامعاحيث يضمن الوكيل عند أبى حنيفة فوجهه أن أداء الموكل سابق على أدائه وان أديامعامن حيث الحكم والاعتبار لان الموكل يتصرف على نفسه بالاداء وتصرف الوكيل على الموكل فتصرفه على نفسه أقرب من تصرف الوكيل عليه فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع اذا باع وباع الموكل أيضا وخرج الكلامان معا ينفذ بيع الموكل اه كى (قوله فيرجع عليه صاحبه بحصته كما فى ثمن الطعام والكسوة) تحقيقه أن الحاجة الى الوطء من الحوائج الاصلية الا أنها ليست بلازمة كالطعام فلم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط ثم لما جاء التصريح بالحاجة الى الوطء ألحقت بحاجة الطعام فوقع شراء الجارية (١٢٤) للشريك المشترى خاصة اه اتقانى رحمه الله (قوله اذ لا يملكان تغييره) أى مع بقاء الشركة اه كى

فى التجارة والزكاة ليست منها قال رحمه الله (فان أذن كل) أى أذن كل واحد منهما لصاحبه بأداء الزكاة عنه (وأديامعا ضمنا ولو متعاقبا ضمن الثانى) أى لو أديا متعاقبا ضمن الثانى علم بأداء صاحبه أو لم يعلم وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا أشار فى كتاب الزكاة وفى الزيادات لا يضمن علم بأداء شريكه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل بأداء الزكاة أو الكفارات اذا أدى الآمر بنفسه مع المأمور أو قبله أو أعتق لهما أنه مأمور بالاداء وقد أتى به وليس فى وسعه ايقاعه زكاة أو كفارة لتعلقه بنية الآمر فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبحه بعدما زال الاحصار وحج الآمر وله أنه أتى بغير المأمور به لان المأمور به اسقاط الفرض عنه ولم يسقط بها الفرض اذ لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر عن نفسه فصار مخالفا فيضمن علم بذلك أو لم يعلم اذ هو صار معزولا بأداء الآمر وهو حكمى فلا يشترط فيه علمه بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بغير علم بعد قضاء الآمر لانه لم يخالف لان المأمور به جعل المقبوض مضمونا على القابض وقد وجد لان الديون تقضى بأمثالها فأمكنه الرجوع على القابض على الهلاك وبخلاف دم الاحصار لانه ليس بواجب عليه فانه يمكنه أن يصبر حتى يزول فيتحلل بأفعال النسك وكذا له أن لا يتحلل بعد الذبح بل يتحلل بأداء النسك وقد أتى به على الوجه المأمور به كيفما كان فلا يضمن وقيل هو على الخلاف أيضا فلا يرد إشكالا قال رحمه الله (وان أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهى له بلا شئ) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما فى ثمن الطعام والكسوة وله أن الجارية تدخل فى ملكهما جريا على مقتضى الشركة اذ لا يملكان تغييره ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشتريا ها ثم قال أحدهما للآخر اقبضها لك كانت هبة وكما اذا قال لشخص اقبض دينى على فلان لنفسك فقبضه كان هبة له وكما اذا قال لشخص أد عنى الزكاة فأدى عنه كان تمليكا منه فى ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى من الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة ولا ضرورة فى مسئلتنا فلا تستثنى فيدخل فى ملكهما فيكون قاضيا دينا عليهما وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء على التقديرين لما بينا فى الطعام والكسوة والله أعلم

كتاب الوقف

الوقف فى الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف عقاره

كتاب الوقف

قال الكمال أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أقف حبست قال عنترة

ووقفت فيها ناقتى فكأنها فدن لأقضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويجتمعان فى قولك وقفت زيدا أو الحمار فوقف وأما أوقفته بالهمزة فلغة رديئة وأما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها الى من أحب وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى وانما قلنا أو صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لا بد فى آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا قصد وسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا ببر الاحياء وفى الآخرة بالتقرب الى رب الارباب عز وجل وأما شرطه فهو الشرط فى سائر التبرعات من كونه حرا عاقلا بالغا وأن يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن يعطى المساكين المسلمين وأهل الذمة وان خص فى وقفه مساكين أهل الذمة جاز وتفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان نص على فقراء منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة اه وكتب على لفظ كتاب الوقف ما نصه مناسبته بالشركة أن كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا أن الاصل فى الشركة مستبقى فى ملك الانسان وفى الوقف مخرج عنه عند الاكثر اه الكمال رحمه الله اه

(قوله في المتن هو حبس العين على ملك الواقف الخ) قال الكمال قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى أنه لا حاجة سوى الى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله تعالى في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضيخان الا أن عند أبي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك اه وكتب على قوله حبس العين الخ ما نصه هذا التعريف الذي ذكره للامام انما هو قبل الحكم به أما بعد الحكم فلا خلاف في خروجه عن الملك ومثله التعليق بالموت اه (قوله وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى) قال في التتمة والمعول والفتوى على قولهما اه حقائق (قوله في المتن والملك يزول بالقضاء لا الى مالك) قال الكمال قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به حاكم أي يخرجه عن ملكه أو يعلقه أي يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال أبو يوسف يزول بمجرد القول الذي قدمنا صحة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس الخ لا معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا مشيئة التصدق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القول كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيأ وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما أراده المصنف بقوله وهو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن واذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجيز ليس المراد به التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف اذا فأبو حنيفة لا يجيز الوقف أي لا يثبت الاحكام التي ذكر بها له الا أن يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس له حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان أخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه اه (قوله وهو الاصح) أي من قوليه اه (قوله كالصدقة المنفذة) أي المنجزة في الحال اه

على كذا أي حبسه عليه وسمي به المفعول مبالغة كقولهم نسج اليمن وضرب الامير للمنسوج والمضروب قال رحمه الله (هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) وهذا في الشرع وهو عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى قال رحمه الله (والملك يزول بالقضاء لا الى مالك) أي بقضاء القاضي لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يزول من غير قضاء وأصل الخلاف أن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة أصلا وهو المذكور في الاصل وقيل يجوز عنده الا أنه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه أي وقت شاء ويورث عنه اذا مات وهو الاصح وعندهما يجوز ويزول ملك الواقف عنه غير أنه عند أبي يوسف يزول بمجرد القول وعند محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه لهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر أصاب أرضا من أرض خيبر فقال يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر على ان لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول رواه أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم وقال عليه الصلاة والسلام اذا مات الانسان انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم ولان الصحابة والتابعين ومن بعدهم الى يومنا هذا قد تعاملوه فكان اجماعا ولان الحاجة ماسة الى أن يلزم الوقف ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد أمكن دفع هذه الحاجة باسقاط الملك وجعله لله تعالى كما في المسجد ويخرج عن ملكه كما يخرج المسجد فاذا ثبت هذا فقال أبو يوسف يزول عن ملكه بمجرد القول لانه أسقط ملكه لله تعالى فصار كالعتق وقال محمد لا يزول حتى يسلمه الى المتولي لانه صدقة فيكون التسليم من شرطه كالصدقة المنفذة ولان التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصدا لانه مالك الاشياء ولكنه يثبت في ضمن التسليم الى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وقال شريح بعث محمد ببيع الحبس ولان الملك فيه باق لان غرضه التصدق بغلته وهو لا يتصور الا اذا بقي الاصل على ملكه ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام لعمر فيما رواه النسائي وابن ماجه احبس أصلها وسبل ثمرتها أي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها والا لكان مسبلا جميعها وهذا لان خروج الملك لا الى مالك غير مشروع ألا ترى ان الله تعالى نهانا عن السائبة وهي التي يسيبها مالكها ويخرجها عن ملكه بزعمهم ولا يتناول منها الا الفقراء أو الضيوف بخلاف الاعتاق أو المسجد لانه يحرز عن حق العبد حتى لا يجوز له أن ينتفع به ولهذا لا ينقطع عنه حق العبد حتى كان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفه ونصب القيم ولانه تصدق بالغلة أو بالمنفعة المعدومة وهو غير جائز الا في الوصية وما رويناه لا يدل على لزومه ولهذا أراد عمر رضي الله عنه

أن يبيع ذلك بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم ثم كره أن ينقض ما كان بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركه ذكره الطحاوي ولو كان لازما لما حل له أن ينقض الا أنه اذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم لانه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات وطريق الحكم فيه أن يسلم الوقف الى المتولي ثم يرجع فيه الواقف بحكم انه غير لازم فاذا ترافعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالاجماع لما ذكرنا هذا اذا حكم به المتولي وأما المحكم فلا يلزم بحكمه في الصحيح لان القاضي أن ينقض حكمه على ما عرف في موضعه ولو علق الوقف بموته بأن قال اذا مت فقد وقفت داري على كذا ثم مات صح ولزم اذا خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت باقيا فيه حكما فيتصدق عنه دائما وان لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي الى أن يظهر له مال آخر أو تجيز الورثة فان لم يظهر له مال ولم تجز الورثة تقسم الغلة بينهما أثلاثا ثلثه للوقف والثلثان للورثة ولو علقه بالموت وهو مريض مرض الموت فكذلك الحكم لان الوصية لا تختلف بين أن تكون في الصحة أو في المرض وان نجز الوقف في المرض فهو بمنزلة المعلق بالموت فيما ذكره الطحاوي والصحيح انه بمنزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة فلا يلزم وعندهما يلزم من الثلث لان حق الورثة تعلق بماله فلا ينفذ تصرفه الا من الثلث بخلاف ما اذا وقف في الصحة قال رحمه الله (ولا يتم حتى يقبض) أي حتى يقبض المتولي وفيه خلاف أبي يوسف وقد ذكرناه قال رحمه الله (ويفرز) أي لا يجوز حتى يفرز يحترز به من المشاع فانه لا يجوز وقفه وعند أبي يوسف يجوز لان القسمة من تتمة القبض وأصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وانما كان كذلك لان الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنعه كما لا يمنع الاعتاق وأما عند محمد فلا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الشيوع كالصدقة والهبة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاجماع لان بقاء الشركة فيه يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما من أقبح ما يكون بان يدفن فيها الموتى سنة وتزرع سنة ويصلى في المسجد في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف فانه يمكن الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتملها أيضا عند أبي يوسف ولو استحق بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد لانه تبين أن الوقف كان شائعا فيعود الكل اليه أو الى ورثته بخلاف ما اذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث ورجعت الورثة في البعض شائعا أو رجع هو في الهبة كذلك حيث لا يبطل الوقف ولا الهبة لان الشيوع طارئ بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصرف وانما طرأ بعده فلا يضر ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء بدون ذلك الجزء وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة ولو وقف رجلان أرضا بينهما معا أو متعاقبا جاز اذا سلماه معا وان اختلفت الجهة لان وقت القبض هو المعتبر ولا شيوع حينئذ كما في الصدقة واختلاف الجهة لا يضر كاختلاف الجهة في الهدي قال رحمه الله (ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) أي لا يجوز الوقف حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان حكم الوقف زوال الملك بغير التمليك وانه بالتأبيد كالعتق ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود منه هو التقرب الى الله تعالى به وذلك يحصل بجهة تنقطع كما يحصل بجهة لا تنقطع ثم يصير بعدها للفقراء وهذا يدل على ان التأبيد شرط عنده أيضا الا أنه لا يشترط ذكره لان مطلقه ينصرف اليه وعند محمد لا ينصرف اليه الا بالتصريح بذكره لان المطلق يحتمل التوقيت وروي عن أبي يوسف لو قال أرضي هذه صدقة

(قوله الا أنه اذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم) قال الكمال وصورة حكم الحاكم الذي يزول به الملك عنده ان يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيختصما الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف أن يبطله قاض قبل أن يحكم به يكتب في صك فان أبطله أو غيره قاض فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يخاصم أحد في ابطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا أبطله قاض ليصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضيخان وينبغي أن يكون هذا اذا وقف في صحته أما اذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في بيعه ونقضه فائدة للورثة فيحمل ما ذكر اذا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث اه (قوله فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة) أي المنجزة في الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة اه كمال (قوله وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الخ) وانما أسقط أي محمد اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقق التسليم في الجملة اه (قوله وتزرع) أي وتزرع اه هداية (قوله في المتن ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) أي أبدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه اه كمال

موقوفه

موقوفة أو محرمة أو محبوسة ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل الا عند يوسف بن خالد السمتي البصري وهو تلميذ أبي حنيفة فان ذكر التأبيد عنده شرط لصحة الوقف والصحيح انه ليس بشرط وذكر أن لفظ الصدقة ونحوها في هذه الصورة يدل على انه أراد به الفقراء دون الورثة وفيه في موضع آخر ولو قال أرضي هذه موقوفة على فلان أو على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما والغلة له مادام حيا او بعده للفقراء لانه لما نص على الصدقة وهي لا تكون الا للفقراء انصرف اليهم وذكر فلان لتخصيصه بالبداءة بالغلة مادام حيا وجعل الخلاف المذكور بينهم فيما اذا لم يذكر لفظ الصدقة بان قال هذه موقوفة على فلان أو ولدي أو قرابتي ونحو ذلك وأما اذا ذكر لفظ الصدقة فلا خلاف بينهم وأبو يوسف كان ضيق في أمر الوقف غاية التضييق أولا مثل أبي حنيفة ثم رجع ووسع غاية التوسعة حتى لم يشترط القبض والافراز ومحمد توسط بينهما ولهذا أفتى به عامتهم قال رحمه الله (وصح وقف العقار ببقره وأكرته) والقياس أن لا يجوز لان التأبيد من شرطه وجه الاستحسان انها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وكم من شئ يثبت تبعا ولهذا دخل البناء في وقف الارض وعلى هذا سائر آلات الحراثة قال رحمه الله (ومشاع قضى بجوازه) أي بجواز الوقف فيه فان قضاء القاضي يقطع الخلاف في المجتهدات على ما بيناه وان لم يقض فيه فعلى قول أبي يوسف يجوز وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ومنقول فيه تعامل) كالكراع والخف والسلاح والفأس والمر والقدر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والمصاحف وغير ذلك مما تعورف وقفها وعند أبي يوسف لا يجوز الا في الكراع والسلاح والقياس أن لا يجوز في المنقول أصلا الا أن أبا يوسف ترك ذلك بالنص وهو ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا واحتسابا كان شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات رواه أحمد والبخاري وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قال في حق خالد قد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله تعالى والقياس يترك بالنص ومحمد تركه بالتعامل لان القياس يترك به كما في الاستصناع وفي الاشياء التي عددناها جرى التعامل وعن نصير بن يحيي أنه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف من حيث انها تمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الامصار أخذوا بقول محمد وقال الشافعي يجوز وقف كل ما يجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا الاصل عدم جواز الوقف فيقتصر على مورد الشرع وهو العقار والكراع والسلاح فيبقى ما وراءه على أصل القياس الا ما جرى التعامل فيه فصار كالدراهم والدنانير ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله تعالى ويدخل في وقف الارض ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبناء دون الزرع والثمار قال رحمه الله (ولا يملك الوقف ولا يقسم وان وقف على أولاده) لانه لا حق للموقوف عليهم في العين وانما حقهم في الغلة ولان المقصود من الوقف أن يبقى على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالغلة والتملك والقسمة بين مستحق الوقف ينافيان ذلك فلا يجوز قال رحمه الله (ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط) لان قصد الواقف صرف الغلة دائما ولا يبقى دائما الا بالعمارة فيثبت اقتضاء من غير شرط قال رحمه الله (ولو دارا فعمارته على من له السكنى) أي لو وقف دارا على سكنى شخص بعينه فان العمارة عليه لانه هو المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بالمنفعة قال رحمه الله (ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها) لان فيه

(قوله أرضي هذه موقوفة) كذا بخط الشارح والصواب صدقة موقوفة لقوله بعد لانه لما نص على الصدقة فتأمل اه (قوله في المتن وصح وقف العقار ببقره) قال الكمال أما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له لم يذكرهم فانه لا يدخل من الآلات البقر والعبيد في الوقف اه وكتب ما نصه قال في الخلاصة وقف المنقول تبعا للعقار جائز بالاجماع اه (قوله وأكرته) الاكرة جمع الاكار وهو الفلاح اه اتقاني وكتب ما نصه والاكرة الحراثون اه فتح وكتب أيضا ما نصه وكذا سائر آلات الحراثة اذا كان تبعا للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها اه فتح (قوله وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قال في حق خالد قد حبس أدراعه وأعتاده) الاعتاد آلات الحرب من السلاح والدواب وغير ذلك واحده عتاد بفتح العين المهملة وقيل عتد بفتحتين قال الجوهري فرس عتد وعتد بفتح التاء وكسرها المعد للحرب والعتاد العدة كذا بخط الشارح رحمه الله (قوله ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبناء دون الزرع) قال الكمال ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنته والحاصل أن كل شجر يقطع في سنته فهو للواقف وما لا يقطع في سنته فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر اه (قوله والثمار) أي ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة مفهومه بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق اه كمال رحمه الله (قوله في المتن ولو أبى أو عجز) أي بأن كان فقيرا (قوله عمر الحاكم) قال الاتقاني وذلك لانه لو لم يعمرها يبطل الحقان حق الواقف وهو التصدق بالمنفعة وحق من له السكنى فاذا عمرت يبقى الحقان جميعا غاية ما في الباب ان في العمارة تأخير حق من له السكنى وتأخير الحق أولى من ابطاله اه اتقاني رحمه الله

ابقاء الوقف على ما قصده الواقف فاذا عمرها ردها الى من له السكنى رعاية لحقه ولا يجبر الممتنع على العمارة لان فيه اتلاف ماله فصار نظير صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لاحتمال ان الامتناع لعدم الرضا بصرف ماله الى العمارة فلا يحمل على الرضا ببطلان حقه بالشك ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير ناظر ولا مالك لكن الحاكم يؤجرها له أو لغيره فيعمرها بأجرتها قدر ما تبقى على الصفة التي وقفها الواقف ولا يزيد على ذلك الا برضا من له السكنى لانها بصفتها صارت مستحقة له فترد الى ما كانت وان كانت وقفا على الفقراء فكذلك في رواية حتى لا تزيد على ما كانت وفي رواية يجوز والاول أصح قال رحمه الله (ويصرف نقضه الى عمارته ان احتاج والا حفظه للاحتياج) أي الى الاحتياج لانه لابد من العمارة والا فلا يبقى فلا يحصل صرف الغلة الى المصرف على التأبيد فيبطل غرض الواقف فيصرفه للحال ان احتاج اليه والا يمسكه حتى يحتاج اليه كيلا يتعذر عليه أوان الحاجة قال رحمه الله (ولا يقسمه بين مستحقي الوقف) أي لا يقسم النقض بينهم لانهم ليس لهم حق في العين ولا في جزء منه وانما حقهم في المنافع فلا يصرف اليهم غير حقهم وان تعذر اعادة عينه بيع وصرف ثمنه الى العمارة لان البدل يقوم مقام المبدل فيصرف مصرف البدل قال رحمه الله (وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه صح) أما الاول وهو ما اذا جعل غلة الوقف لنفسه فالمذكور هنا قول أبي يوسف وعند محمد لا يجوز لابي يوسف ما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على جوازه ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما عرف من أصلهما فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد شرط ما صار لله تعالى لنفسه وهو جائز لأن يجعل ملك نفسه لنفسه

وكتب ما نصه قال الكمال ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها لم أر حكمه فيما في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدي الى أن يصير نقضها على الارض كوما تسفيه الرياح وخطر لي أنه يخيره القاضي بين أن يعمرها فيستوفي منفعتها وبين أن يردها الى ورثة الواقف اه (قوله فصار نظير صاحب البذر في المزارعة) أي كما اذا عقد عقد المزارعة وبينا من عليه البذر ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر وهو اتلاف ماله اه اتقاني (قوله لاحتمال ان الامتناع لعدم الرضا بصرف ماله الى العمارة الخ) أو لاحتمال عدم قدرته على العمارة أو لرجائه اصلاح القاضي وعمارته ثم ردها اليه اه (قوله ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير ناظر) قال الكمال وانما قال أجرها الحاكم لانه لا تصح اجارة من له السكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفي تقريره طريقة ان أحدهما أنه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى أن يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك العين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها فلملكها فأقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلابد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي أن لا تصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالاولى أن يقال لانه ملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة اه (قوله وفي رواية يجوز والاول أصح) أي عدم جواز الزيادة في البناء أصح مما قال البعض من جوازها اذا كان الوقف على الفقراء لا على رجل بعينه اه اتقاني (قوله في المتن ويصرف نقضه) النقض بضم النون اسم البناء المنقوض كذا في ديوان الادب اه اتقاني (قوله والا يمسكه حتى يحتاج) قال الكمال وأنت تعلم أن بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا لا يخل بالانتفاع بالوقف فصار ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فتؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعادته بأن خرج عن الصلاحية فذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اه (قوله في المتن ولا يقسمه بين مستحقي الوقف) بلفظ الجمع وقد سقطت النون للاضافة اه اتقاني (قوله لانهم ليس لهم حق في العين) أي الموقوفة لانها حق الله اه (قوله في المتن وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه الخ) قال في الاجناس قال في كتاب الحج لعيسى بن أبان اذا وقف على نفسه لا يجوز في قول محمد بن الحسن وقال أبو يوسف يجوز ونقل في الاجناس أيضا عن وقف هلال بن يحيى البصري لو قال أرضي صدقة موقوفة على نفسي كان الوقف باطلا وكذا لو قال صدقة موقوفة على أن غلتها لي ما عشت لا يجوز الوقف وكذا لو قال صدقة موقوفة علي وعلى ولدي وولد ولدي ونسلي الوقف باطل وقال الولوالجي في فتاواه ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف والصدر الشهيد كان يفتي به أيضا ترغيبا للناس في الوقف اه اتقاني (قوله وعند محمد لا يجوز) في الهداية ولا يجوز على قياس قول محمد لاشتراطه التسليم الى المتولي اه قال الكمال ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض أي قبض المتولي فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه وقيل مسئلة مبتدأة غير مبنية وهذا أوجه اه

فصار نظير ما اذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منها أو يدفن فيها ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة المرء على نفسه صدقة وجه قول محمد أن التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع ذلك فكان باطلا كالصدقة المنفذة وقال الفقيه أبو جعفر ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة الاشئ ذكره في الوقف فقال اذا وقف على أمهات أولاده جاز فقال هذا الوقف على أمهات أولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد حال حياة المولى يكون للمولى وقيل انه في الصحيح على الخلاف ذكره في الهداية وهو ظاهر وقيل يجوز لهن بالاتفاق لانهن يعتقن بموته فيصرن أجنبيات فيصير اشتراطه لهن كاشتراطه للاجنبي ثم في حال حياته يجوز أيضا تبعا لما بعد مماته وعلى هذا الخلاف لو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء وتكون وقفا مكانه أو شرط الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام وهو مبني على ما ذكرنا من أن التقرب بازالة الملك واشتراط ما ذكر يمنع منه عند محمد خلافا له بخلاف ما اذا شرط أن يكون الثمن له أو يتصدق به حيث لا يجوز الوقف أصلا وكذا اذا شرط الخيار وهو مجهول في رواية وفي رواية يجوز الوقف ويبطل الشرط وأما الثاني وهو فصل اشتراط الولاية لنفسه فجائز بالاجماع لان شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص غير أن عند محمد يسلمه ثم تكون له الولاية لان التسليم شرط عنده وان لم يشرطها لاحد فالولاية له عند أبي يوسف وعند محمد لا تكون له الولاية لانه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف خرج الامر من يده فصار أجنبيا عنه ولابي يوسف أن المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيدها منه ولانه أقرب الناس اليه فيكون أولى بولايته كمن بنى مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب القيم فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه وذكر هلال في وقفه فقال قال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لا تكون له ولاية يعني بعض المشايخ قالوا ذلك قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد وقد بيناه ولا يقال كيف يكون هذا قول محمد والتسليم شرط عنده على ما بينا لانا نقول هذا لا ينافي التسليم لانه يمكن أن يسلمه اليه ثم يأخذه منه وذكر في النهاية أنه يحتمل أن يسقط التسليم عنده اذا شرط الولاية لنفسه لان شرطه يراعى قال رحمه الله (وينزع لو خائنا كالوصي وان شرط أن لا ينزع) معناه أن الواقف لو شرط الولاية لنفسه وكان هو غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها منه ولو شرط الواقف ان ليس للقاضي ولا للسلطان نزعه لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل ونظير هذا الوصي اذا كان غير مأمون ينزع منه على ما بيناه والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه واذا صلى فيه واحد زال ملكه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد أما الافراز فلانه لا يخلص لله الا به لانه ما دام حق العبد متعلقا به لم يتحرر لله وأما الصلاة فيه فلانه يشترط التسليم عند أبي حنيفة ومحمد فاذا تعذر يقام تحقق المقصود مقامه أو يشترط فيه تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه ولا يشترط فيه قضاء القاضي ولا التعليق بالموت عند أبي حنيفة لحصول المقصود به بخلاف الوقف لان المقصود من الوقف أن يتصدق بالغلة ويحبس الاصل ولفظه ينبئ عن ذلك والتصدق بالمعدوم لا يجوز الا في الوصية فيجب تعليقه بالموت ليكون وصية به أو حكم الحاكم في موضع الاجتهاد ولذا سقط التسليم الى القيم عند محمد لما ذكرنا ولا يجوز في المشاع عند أبي يوسف لما بينا فصار المسجد مخالفا للوقف عند الكل ثم يكتفي بصلاة الواحد في رواية عن أبي حنيفة ومحمد لان فعل الجنس كله متعذر فيشترط أدناه وعنهما أنه يشترط الصلاة

(قوله وجه قول محمد الخ) قال الكمال ووجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة أو السكنى فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه بيتا اه (قوله ذكره في الهداية) وهو مخالف لرواية المبسوط والتتمة والذخيرة وفتاوى قاضيخان فان في تلك الروايات جعل جواز الوقف عليهن بالاتفاق (قوله وأما الثاني الخ) قال الاتقاني وأما الفصل الثاني وهو شرط الولاية لنفسه فقد نص القدوري في مختصره على جوازه عند أبي يوسف قال صاحب الهداية وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب ونقل الناطفي في الاجناس عن وقف هلال اذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبدا ولم يشرط الولاية لنفسه ولا لغيره فالولاية للواقف اشترط ذلك أو لم يشترط ثم قال الناطفي قال محمد في السير الكبير لا ولاية للواقف الا أن يشرطه لنفسه الى هنا لفظ كتاب الناطفي وجه قول محمد أن التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فبعد التسليم اليه لا يبقى له ولاية الا بالشرط السابق اه (قوله لان شرطه يراعى) ومن ضرورته سقوط التسليم اه كمال

﴿فصل﴾ لما اختص المسجد باحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعا عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولي عند محمد أفرده بفصل على حدة وأخره اه

(قوله في المتن ومن جعل مسجدا تحته سرداب) قال في الهداية ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله بيعه وان مات يورث عنه قال الاتقاني وهذا ظاهر الرواية وهو من خواص الجامع الصغير اه (قوله والمسجد لا يكون الا خالصا لله تعالى الخ) ولان اتخاذ المسجد عرف بالشريعة وفي الشريعة لم يكن المسجد الا وفوقه وتحته لله ألا ترى الى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي بناه بالمدينة والى المسجد الحرام الذي بناه ابراهيم صلوات الله وسلامه عليه وكذا الى مسجد بيت المقدس الذي بناه داود والنبي صلوات الله وسلامه عليه بالرخام والمرمر وجعل عليه قبة من ياقوت أحمر وجعل فوق ذلك جوهرا يضيء فراسخ تغزل بضوئها النساء في ظلمة الليالي (٣٣٠) فكل مسجد لم يكن كذلك بأن لا يكون خالصا لله لم يجز وأوردنا الليث هنا سؤالا

بجماعة جهرا بأذان وإقامة حتى لو كان سرا بأن كان بلا أذان ولا إقامة لا يصير مسجدا ولو جعل له إماما ومؤذنا وهو رجل واحد فصلى فيه بأذان وإقامة صار مسجدا اتفاقا لان أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ألا ترى ان المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد وهذه الرواية هي الصحيحة لان المساجد تبنى لاقامة الصلوات فيها بالجماعة فلا يصير مسجدا قبل حصول هذا المقصود ولو سلم المسجد الى متول نصبه ليقوم بمصالحه فالاصح انه يجوز لان المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ونحوه وقال أبو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل واذا صار مسجدا على اختلافهم زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث وليس له الرجوع فيه لانه صار لله بقوله تعالى وان المساجد لله ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة قال رحمه الله (ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه الى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه) لانه لم يخلص لله لبقاء حق العبد فيه والمسجد لا يكون الا خالصا لله لما تلونا ومع بقاء حق العبد في أسفله أو في أعلاه أو في جوانبه محيطا به لا يتحقق الخلوص كله أما اذا كان السفل مسجدا فلان لصاحب العلو حقا في السفل حتى لا يكون لصاحب السفل أن يحدث فيه شيئا من غير رضا صاحب العلو وأما اذا جعل العلو مسجدا فلان أرض العلو ملك لصاحب السفل وليس له من التصرف شيء من غير رضا صاحب السفل كالبناء وغيره بخلاف مسجد بيت المقدس فان السرداب فيه ليس مملوكا لاحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان غيره مثله نقول بأنه صار مسجدا وأما اذا اتخذ وسط داره مسجدا فلانه ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع من الدخول والمسجد من شرطه أن لا يكون لاحد فيه حق المنع قال الله تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه ولانه لم يفرزه حين أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وروى الحسن عن أبي حنيفة انه أجاز أن يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل أصل وهو يتأبد ولم يجز عكسه وعن محمد عكسه لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان فوقه مستغل أو مسكن بخلاف العكس وعن أبي يوسف أنه أجاز الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وروى عن محمد مثله حين قدم الري وعن أبي يوسف ومحمد أنه لو اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا مسجد الا بطريق دخل فيه الطريق ضرورة كما يدخل في الاجارة من غير ذكر باعتبار أنه لا يمكنه الانتفاع الا بالطريق والانتفاع هو المقصود منها ولو اتخذ أرضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا بيعه ولا يورث عنه لتحرره لله تعالى بخلاف الوقف عند أبي حنيفة حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم والفرق قد بيناه ولو خرب ما حوله المسجد

وجوابا فقال فان قيل أليس مسجد بيت المقدس تحته مجتمع الماء والناس ينتفعون به قيل اذا كان تحته شئ ينتفع به عامة المسلمين يجوز لانه اذا انتفع به عامة المسلمين صار ذلك لله تعالى أيضا وأما الذي اتخذ بيتا لنفسه لم يكن خالصا لله تعالى فان قيل لو جعل تحته حانوتا وجعله وقفا على المسجد قيل لا يستحب ذلك ولكنه لو جعل في الابتداء هكذا صار مسجدا وما تحته صار وقفا عليه ويجوز المسجد والوقف الذي تحته ولو انه بنى المسجد أولا ثم أراد أن يجعل تحته حانوتا للمسجد فهو مردود باطل وينبغي أن يرد الى حاله الى هنا لفظ الفقيه والسرداب بكسر السين كذا في ديوان الادب وهو بيت تحت الارض (١) للتبريد اه مغرب اه اتقاني (قوله وعن أبي يوسف انه أجاز الوجهين) يعني فيما اذا كان تحته سرداب وفوقه بيت اه (قوله وروى عن محمد مثله حين قدم الري) قال الكمال وهذا تعليل صحيح واستغنى لانه تعليل بالضرورة اه وكتب على قوله مثله وهذه الروايات كلها خلاف ظاهر الرواية اه (قوله ولو خرب ما حول المسجد الخ) قال أبو العباس الناطفي في الاجناس قال محمد في نوادر هشام اذا خرب المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه ان شاء أدخل داره وان شاء باعه وكذلك الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار لا يستطاع أن يركب فانه يباع ويصير ثمنه لصاحبه أو لورثته فان لم يعرف المسجد بأن خرب وبنى أهل المسجد مسجدا آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا في ثمن المسجد الآخر فلا بأس بذلك ثم نقل الناطفي عن كتاب الصلاة إملاء

(١) قوله التبريد أي تبريد الماء وغيره اه منه

واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لانه اسقاط الملك فلا يعود الى ملكه كالاعتاق ألا ترى أن المسجد الحرام استغنى عنه أهله في زمن الفترة ولم يعد الى ورثة البانى وعند محمد رحمه الله يعود الى ملكه أو الى ورثته بعد موته لانه عينه لجهة وقد انقطعت كالكفن اذا خرج يرجع الى مالكه وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما يرجع الى مالكه عند محمد وعند أبي يوسف ينتقل الى مسجد آخر وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر اذا لم ينتفع بهما قال رحمه الله (ومن بنى سقاية أو خانا أو رباطا أو مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم) وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك فكل واحد منهم بنى على أصله من اشتراط حكم الحاكم أو التسليم أو مجرد القول على ما بينا من قبل ولو سلم الى المتولى صح التسليم على قول من يرى أنه شرط ولو جعل أرضه طريقا فهو على هذا الخلاف ثم لافرق في الانتفاع بمثل هذه الاشياء بين الغنى والفقير حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة بخلاف الغلة حيث لاتجوز الا للفقراء لان الغنى مستغن بماله عن الصدقة ولا يستغنى عما ذكرنا عادة وهي الفارقة لانه لايمكنه أن يستصحب هذه الاشياء عادة فكان محتاجا اليها كالفقير ولا حاجة له الى الغلة لاستغنائه عنها بماله وعلى هذا الوقف حتى لو وقف أرضا ليصرف غلتها الى الحاج أو الى الغزاة أو طلبة العلم لايصرف الى الغنى منهم ذكره في المحيط في باب تسليم الوقف وعلى هذا لو جعل داره مسكنا لابناء السبيل في أي بلد كان يستوى فيه الغنى والفقير لما ذكرنا من الفرق وروى في الخبر عن عثمان أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال من يشترى بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة فاشتريتها من صلب مالى رواه النسائى والترمذى وقال حديث حسن فاذا جاز للواقف أن يشرب منه فما ظنك بغيره من الاغنياء قال رحمه الله (وان جعل شئ من الطريق مسجدا صح كعكسه) معناه اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا شيأ من الطريق في المسجد وكان ذلك لايضر بأصحاب الطريق جاز ذلك وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها لما روى عن الصحابة

مسجدا بادوعطلت الصلوات فيه لم يجز لاحد أن يهدمه ولا يتخذه منزلا ولا يبيعه فلذلك قال الناطفى هذا عندى قول أبي يوسف ثم قال الناطفى في السير الكبير ان خربت القرية التي فيها المسجد وجعلت مزارع وخرب المسجد ولا يصلى فيه أحد لابأس بأن يأخذه صاحبه ويبيعه لمن يجعله مزرعة وبأخذ ثمنه فيأكله أو يجعله مزرعته الى هنا لفظ رواية الاجناس اه اتقانى رحمه الله (قوله يبقى مسجدا عند أبي يوسف) وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعى وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر اه فتح (قوله من اشتراط حكم الحاكم أو التسليم الخ) وعند محمد لابد من التسليم ولكن في كل باب يعتبر ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى وفي الرباط بالنزول وفي السقاية بشرب الناس وفي المقبرة بدفنهم ويكتفى اذا وجد هذه الاشياء من واحد لتعذر اجتماع الناس اه اتقانى (قوله في المتن وان جعل شئ من الطريق مسجدا الخ) قال الولوالجى رحمه الله في فتاواه مسجد أراد أهله أن يجعلوا الرحبة مسجدا أو المسجد رحبة أو أرادوا أن يحدثوا له بابا أو أرادوا أن يحولوا الباب عن موضعه فلهم ذلك فان اختلفوا ينظر أيهم أكثر وأفضل فلهم ذلك لانه لاتعارض لانعدام التساوى اه وكتب ما نصه قال الكمال وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شئ من الطريق مسجدا أو يجعل شئ من المسجد طريقا للعامة اه يعنى اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب أو يحدثوا له بابا ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية فله ذلك ولهم أن يهدموه ليجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولى الا باذن القاضى الكل من الخلاصة الأن قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبنى حوانيت في المسجد أو فنائه لايجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة المسجد وأما الفناء فلانه تبع للمسجد اه ما قاله الكمال رحمه الله ﴿فروع﴾ طريق للعامة وهي واسعة فبنى فيه أهل المحلة مسجدا للعامة ولا يضر ذلك بالطريق قالوا لابأس به وهكذا روى عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الطريق للمسلمين والمسجد لهم أيضا وان أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيأ من الطريق في دورهم وذلك لايضر بالطريق لايكون لهم ذلك ولاهل المحلة تحويل باب المسجد من موضع الى موضع قوم بنوا مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع المسجد فأخذوا من الطريق فأدخلوه في المسجد اذا كان ذلك يضر بأصحاب الطريق لايجوز والا فلا بأس به ولو ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها ولو كان بجنب المسجد أرض وقف على المسجد فأرادوا أن يزيدوا شيأ في المسجد من الارض جاز ذلك بأمر القاضى اه

رضى الله عنهم انهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكرمن أصحابها بالقيمة وزادوا فى المسجد الحرام وقوله كعكسه أى كما جاز عكسه وهو ما اذا جعل فى المسجد ممر لتعارف أهل الامصار فى الجوامع وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف فى موضعه وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب والله أعلم بالصواب

(قوله وهو ما اذا جعل فى المسجد ممر) يوهم التخصيص بهذه الصورة وعبارة المصنف شاملة لها ولغيرها وانظر الى الحاشية التى كتبتها عند قوله كعكسه اه

﴿ تم الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب البيوع ﴾